

LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

La misurazione dell'orario di lavoro e le sue sfide

VITO SANDRO LECCESE

Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695



La misurazione dell'orario di lavoro e le sue sfide

VITO SANDRO LECCESE

Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"
Ordinario di Diritto del Lavoro
vitosandro.leccese@uniba.it

ABSTRACT

Through an analysis of European case-law on working time, the Author points out that the adoption by the Member States of a system of objective, reliable and accessible measurement of working time (while exercising their discretion as to how the measurement system is to be implemented, taking into account, where appropriate, the specificities of the different sectors of activity)It is functional and to guarantee workers the best protection of their safety and health, even when the worker enjoys a certain flexibility in the placement of the service.

This is the case, for example, of smart working, where the need to establish an objective, reliable and accessible system of measurement derives from the same methods of execution of the relationship, as regulated in our legal system; However, the possible removal of agile workers from the protection of working time will be legitimate, but only on condition that it is verified, on a case-by-case basis, their effective possibility of self-determination not only the placement but also, in its entirety (that is also in the phases of job carried out in company), the duration of the performance.

Keywords: Court of Justice; case law; smart working; working time; limits.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/15136>

La misurazione dell'orario di lavoro e le sue sfide

SOMMARIO: 1. La misurazione dell'orario di lavoro e la sua funzione, nel quadro delle tutele previste dall'Unione europea. 2. La sfida di un'accurata misurazione dell'orario: gli spazi aperti dalla Corte, il caso spagnolo e le conseguenze che possono trarsi. 3. Una sfida più impegnativa: far comprendere che la misurazione dell'orario è uno strumento indispensabile per perseguire finalità di tutela della salute anche quando il lavoratore gode di una certa flessibilità nella collocazione della prestazione.

1. La misurazione dell'orario di lavoro e la sua funzione, nel quadro delle tutele previste dall'Unione europea

Che piaccia o meno a quanti mirano a espungere le coordinate temporali dall'orizzonte delle tutele lavoristiche, gli organi dell'Unione considerano ormai la misurazione dell'orario di lavoro quale strumento indispensabile per garantire l'effetto utile delle disposizioni in materia di durata massima della prestazione e di limiti minimi dei riposi stabiliti dalle pertinenti discipline europee (art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dir. 2003/88).

In una prospettiva *de jure condendo*, se ne occupa la Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021, recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione.

In particolare, tra le misure previste dalla proposta di Direttiva allegata alla Risoluzione vi è quella che imporrebbe agli Stati membri di garantire che «i datori di lavoro istituiscano un sistema oggettivo, affidabile e accessibile, che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore nel rispetto del diritto dei lavoratori alla vita privata e alla tutela dei dati personali. I lavoratori possono chiedere ed ottenere il registro del loro orario di lavoro» (art. 3, par. 2, della proposta)⁽¹⁾.

Questo passaggio, in realtà, recupera e condensa alcune questioni emerse nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione, che si è espressa sui temi della misurazione già nel caso *Worten v. Autoridade para as Condições de Trabalho*⁽²⁾ e poi, più analiticamente, nel caso *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) v. Deutsche Bank*⁽³⁾.

Nella prima sentenza, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con la disciplina europea relativa al trattamento dei dati personali all'epoca vigente, la dir. 95/46, del sistema di misurazione dell'orario di lavoro contemplato in Portogallo e, segnatamente,

⁽¹⁾ Su questa proposta, anche per ulteriori rinvii, R. Zucaro, *Nuove modalità di tutela della qualità del tempo di vita e di lavoro. Il diritto alla disconnessione*, LPA, 2022, 311 ss., spec. par. 4. Tra i numerosissimi contributi in materia di disconnessione, v. anche, per ulteriori richiami e confronti tra ordinamenti, M. Biasi, *Individuale e collettivo nel diritto alla disconnessione: spunti comparatistici*, DRI, 2022, 400 ss.

⁽²⁾ C. giust. 30 maggio 2013, C-342/12.

⁽³⁾ C. giust. 14 maggio 2019, C-55/18.

dell'obbligo, posto a carico del datore di lavoro, di fornire un accesso immediato al registro dell'orario all'autorità nazionale che si occupa di vigilanza sulle condizioni di lavoro⁽⁴⁾. Ebbene, ad avviso della Corte, «un obbligo simile può risultare necessario, ai sensi [...] dell'art. 7, lett. e) della direttiva] in parola, se contribuisce ad un'applicazione più efficace della normativa in materia di condizioni di lavoro» e, in particolare, della dir. 2003/88, la quale impone agli Stati membri di adottare le «misure necessarie» per garantire il rispetto di tetti massimi di orario e limiti minimi di riposo⁽⁵⁾.

Senonché, mentre in *Worten* tale valutazione viene affidata al giudice del rinvio⁽⁶⁾, in *CCOO* è la Corte a compierla, deducendo anzi dal sistema di regole europee in materia di tempi di lavoro l'obbligo per gli Stati membri di «imporre ai datori di lavoro [...] di predisporre un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore»⁽⁷⁾.

Un simile obbligo, per il vero, non è espressamente previsto né nell'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali (che, al par. 2, garantisce a ogni lavoratore «il diritto a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite»), né nella direttiva del 2003.

D'altra parte, ad avviso della Corte, solo attraverso la predisposizione di uno strumento di misurazione dell'orario avente le menzionate caratteristiche è possibile garantire integralmente l'effetto utile dei diritti previsti dalla Carta e dalla direttiva, assicurando, in particolare, ai datori di lavoro, ai lavoratori e agli organi ispettivi la possibilità della verifica e della prova del loro effettivo rispetto; altri mezzi di prova ammessi dagli ordinamenti nazionali (quali le testimonianze, spesso condizionate, ove rese da colleghi di lavoro o dagli stessi lavoratori interessati da violazioni delle tutele dalla situazione di debolezza del lavoratore nel rapporto di lavoro, la produzione di messaggi di posta elettronica, la consultazione di telefoni cellulari o computer, ecc.) non consentono infatti, nella visione della Corte, «di dimostrare in modo oggettivo e affidabile il numero di ore di lavoro quotidiano e settimanale svolte dal lavoratore»⁽⁸⁾.

⁽⁴⁾ Art. 202 del Codice del lavoro portoghese (*Código do trabalho*), approvato con l. n. 7/2009 (relativo alla tenuta del registro) e art. 10, l. n. 107/2009 (riguardante le procedure di ispezione).

⁽⁵⁾ V., più ampiamente, C. giust. 30 maggio 2013, *Worten*, cit., punti 37 ss. della motivazione. Nella sentenza, la Corte chiarisce, altresì, che grava pur sempre sul responsabile del trattamento di dati personali l'obbligo di adottare «le misure tecniche e organizzative necessarie per garantire che unicamente persone debitamente autorizzate ad accedere ai dati personali interessati possano legittimamente rispondere a una domanda di accesso proveniente da un terzo» (v. punti 27-28 e 45 della sentenza); nello specifico, le esigenze di protezione dei dati del lavoratore, pur non costituendo ostacolo alla misurazione dei tempi di lavoro per le finalità di tutela del diritto ai riposi e al contenimento della durata massima del lavoro, comportano comunque per il datore di lavoro l'obbligo di «fare un uso legittimo dei dati disponibili nel registro, consentendone l'accesso solo a soggetti che abbiano un interesse qualificato» (v. punti 78 e 79 delle conclusioni dell'Avv. gen. Pitruzzella, nel caso *CCOO*).

⁽⁶⁾ C. giust. 30 maggio 2013, *Worten*, cit., punto 43.

⁽⁷⁾ C. giust. 14 maggio 2019, *CCOO*, cit., punto 60 della motivazione.

⁽⁸⁾ Per ulteriori dettagli, v. C. giust. 14 maggio 2019, *CCOO*, cit., punti 40-43, 48-50 e 53-60 della motivazione; v. anche i punti 61 s., ove si evidenzia che l'instaurazione di un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro è necessario anche per consentire

Già da questa rapida esposizione degli argomenti utilizzati dalla Corte e dei loro esiti (che ricalcano ampiamente le conclusioni dell'Avv. Generale Pitruzzella), risulta anzitutto confermata la rilevanza dell'approccio teleologico nelle sue pronunce sull'orario; esse, infatti, sono costantemente guidate dal faro costituito dalla funzione che la disciplina europea attribuisce agli interventi in materia di organizzazione dei tempi di lavoro: la migliore protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori.

Al contempo, gli argomenti utilizzati dalla Corte e sopra sintetizzati aiutano a chiarire come nel dibattito attinente alla funzione della misurazione, nel quadro delle tutele previste dell'Unione, si debbano tenere distinti i temi relativi alla rilevanza del tempo (e della sua misurazione) ai fini della determinazione della controprestazione retributiva e quelli concernenti la rilevanza del tempo (e della sua misurazione) ai fini della determinazione e del rispetto di limiti massimi di durata della prestazione e soglie minime di riposo (giornaliero e settimanale).

In questa sede si affronteranno i secondi, mentre per i primi ci si limiterà ad osservare, per un verso, che sulla questione incidono ovviamente le previsioni dell'art. 36, co. 1, della nostra Costituzione⁽⁹⁾; per altro verso, che l'imposizione di un obbligo di misurazione *obiettiva, affidabile e accessibile* dei tempi di lavoro, quantunque desunto da previsioni aventi la funzione di tutelare la salute del prestatore di lavoro, non può che avere degli effetti utili anche sul piano del contenzioso economico (certamente più frequente rispetto a quello susseguente a verifiche ispettive o, ancora, al rifiuto della prestazione da parte del lavoratore per mancato rispetto dei diritti posti a tutela della sua salute), poiché consente anche la verifica dell'effettivo rispetto delle norme interne in materia di orario normale e lavoro straordinario o, in genere, a risolvere controversie economiche riguardanti la durata effettiva del lavoro⁽¹⁰⁾.

2. La sfida di un'accurata misurazione dell'orario: gli spazi aperti dalla Corte, il caso spagnolo e le conseguenze che possono trarsi

Una delle sfide più rilevanti relative all'attuazione dell'obbligo di misurazione dell'orario, in funzione dell'adeguata verifica del rispetto dei limiti massimi di durata della prestazione e dei periodi minimi di riposo imposti dal diritto dell'Unione, attiene agli strumenti che gli Stati membri sono chiamati ad adottare.

Al riguardo, la Corte si limita a osservare che spetta agli Stati, nell'ambito dell'esercizio del proprio potere discrezionale, di stabilire le modalità concrete di attuazione

ai rappresentanti dei lavoratori aventi funzioni in materia di salute e sicurezza (ai sensi della dir. 89/391) di esercitare il proprio diritto di chiedere al datore di lavoro di assumere le misure opportune e di presentargli proposte, al fine di ridurre qualsiasi rischio per i lavoratori e/o di eliminare le cause di pericolo.

⁽⁹⁾ V., in questo numero, il contributo di M.T. Carinci, *Sul principio di proporzionalità quantitativa della retribuzione al "lavoro prestato" ex art. 36 Cost.*, cui si rinvia anche per ulteriori richiami.

⁽¹⁰⁾ Per ulteriori riflessioni sul profilo relativo all'onere della prova, si rinvia a V. Leccese, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, RGL, 2020 II, 428 ss., spec. par. 4.

del sistema di misurazione, tenendo eventualmente conto delle specificità dei diversi settori di attività e delle peculiarità di talune imprese, con specifico riferimento alle loro dimensioni; così, ad esempio, possono essere ammessi registri cartacei, applicazioni informatiche, badge elettronici, ecc., purché, il sistema adottato sia idoneo a garantire l'effetto utile della disciplina europea e l'effettività dei diritti da essa sanciti⁽¹¹⁾.

Le affermazioni della Corte relative alle modalità di attuazione del sistema di misurazione lasciano spazio a diverse chiavi di lettura, anche perché nel suo ragionamento manca un chiaro riferimento a due aspetti nevralgici:

- l'oggetto preciso della registrazione;
- le modalità della "rilevazione" della durata del lavoro, al fine di misurarlo.

Per quanto riguarda il primo profilo, l'approccio teleologico adottato dalla Corte dovrebbe indurre a ritenere necessaria la puntuale registrazione di ogni variabile temporale che serva a verificare il rispetto delle tutele assicurate dalla direttiva.

In merito al secondo profilo, ove si presti la necessaria attenzione a quell'approccio e ai suoi esiti, si dovrebbe dubitare dell'adeguatezza di qualsiasi strumento che prescriva una mera "annotazione" degli orari da parte del datore di lavoro, poiché in tal modo non parrebbe soddisfatto l'obbligo di «instaurazione di un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore»⁽¹²⁾.

Il dibattito sviluppatosi sulla legislazione spagnola, che ha dato origine alla questione pregiudiziale sulla quale la Corte si è pronunciata nel caso *CCOO*, ha messo in luce alcuni utili elementi di riflessione su entrambi questi aspetti. Ed infatti, prima che la Corte emettesse la propria pronuncia (ma dopo la presentazione delle proprie conclusioni da parte dell'Avvocato generale), il legislatore spagnolo aveva provveduto a modificare l'Art. 39 dello *Estatuto de los trabajadores*, riguardante l'orario di lavoro.

La nuova disciplina sancisce espressamente l'obbligo della tenuta di un registro orario giornaliero, nel quale deve essere indicato l'orario concreto di inizio e fine della giornata lavorativa di ciascun lavoratore, senza pregiudizio per la flessibilità oraria; il registro deve restare a disposizione dei dipendenti, dei loro legali e degli ispettori del lavoro per quattro anni⁽¹³⁾.

A differenza delle precedenti previsioni, che avevano dato luogo a posizioni diverse sulla possibilità di ritenere già sussistente l'obbligo di istituire un sistema di registrazione dell'orario di lavoro⁽¹⁴⁾, la nuova previsione è stata ritenuta coerente con la direttiva dalla letteratura giuridica spagnola.

Questa letteratura, come del resto la prassi amministrativa riguardante la nuova disciplina, meritano attenzione ai nostri fini soprattutto perché esse hanno messo in luce

⁽¹¹⁾ V. C. giust. 14 maggio 2019, *CCOO*, cit., punto 63, nonché i punti da 85 a 88 delle conclusioni dell'Avv. gen., specificamente richiamati nella sentenza.

⁽¹²⁾ V. il punto 62 della sentenza.

⁽¹³⁾ Art. 34.9, dello *Estatuto de los trabajadores*, come modificato dalla RD-L n. 8 dell'8 marzo 2019.

⁽¹⁴⁾ Queste posizioni sono riassunte nella prima parte della sentenza (punti 23-27), cui si rinvia.

alcuni punti fermi che devono caratterizzare qualsiasi legislazione nazionale, per poterla considerare adatta alla direttiva.

In particolare, nella interpretazione di queste previsioni, si è osservato che:

- al fine di verificare il rispetto delle tutele previste nella direttiva (compreso il riposo giornaliero di 11 ore consecutive ogni 24 ore), la registrazione deve riguardare sia il numero di ore dedicate al lavoro (il *quantum* dell'orario di lavoro), sia la sua distribuzione dell'orario di lavoro (il *quando*, cioè la collocazione, della prestazione)⁽¹⁵⁾;

- il riferimento ai meccanismi di flessibilità comporta che essi possono continuare ad essere utilizzati, fermo restando che il registro sarà applicabile anche quando il datore di lavoro vi farà ricorso, poiché esso faciliterà il controllo dell'uso di tali meccanismi in conformità con la legge⁽¹⁶⁾;

- poiché la Corte richiede che il sistema sia obiettivo, affidabile e accessibile, la registrazione deve essere sempre successiva allo svolgimento della prestazione. Pertanto, non sarà sufficiente un calendario di lavoro o la redazione di un programma degli orari per determinati periodi, ma occorreranno le registrazioni delle ore effettivamente lavorate, il cui ammontare è noto solo una volta svolta la prestazione⁽¹⁷⁾. Inoltre, il sistema adottato per la raccolta delle pertinenti informazioni non deve esporsi ad alterazioni o manipolazioni e deve essere consultabile dagli interessati in qualsiasi momento⁽¹⁸⁾;

- è ammesso, quindi, qualsiasi sistema di registrazione, cartaceo, telematico o misto, purché garantiscano la tracciabilità affidabile e non modificabile (né dal datore di lavoro, né dal lavoratore) dell'orario di lavoro, una volta registrato⁽¹⁹⁾;

- l'eventuale utilizzo di sistemi di registrazione che richiedano l'accesso a dispositivi digitali o l'utilizzo di sistemi di videosorveglianza o di geolocalizzazione questi devono rispettare in ogni caso i diritti dei lavoratori alla privacy⁽²⁰⁾.

Questi esiti interpretativi appaiono utili anche nella lettura di altre legislazioni nazionali e, in particolare, della legislazione portoghese e di quella italiana, che rappresentano due esempi paradigmatici di approcci differenti alla misurazione dei tempi di lavoro.

La prima contiene una interessante disciplina (che ha dato origine, come già detto, alla pronuncia resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Worten*), la quale pare coerente con numerose indicazioni emerse nel dibattito spagnolo sulle modalità di attuazione del sistema

⁽¹⁵⁾ J. Gorelli Hernandez, *Horas extraordinarias. Delimitación, registro y régimen jurídico*, Aranzadi, 2020, 120 ss. (ove si propone una interpretazione adeguatrice della nuova disciplina spagnola), spec. 133 ss.

⁽¹⁶⁾ J. Gorelli Hernandez, *op. cit.*, 128.

⁽¹⁷⁾ M. Nogueira Guastavino, *La STJUE de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank (C-55/18), relativa a la obligación de llevar un registro de la jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instrumentales*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019, 929 ss., sul punto 953.

⁽¹⁸⁾ J. Gorelli Hernandez, *op. cit.*, 120.

⁽¹⁹⁾ Ministero del Lavoro, *Guía sobre el registro de jornada*, dell'8 marzo 2021.

⁽²⁰⁾ V. ancora Ministero del lavoro, *Guía sobre el registro de jornada*, nella quale si menziona la disciplina dell'art. 20-bis dello Statuto de los trabajadores, che richiama la Ley Orgánica No. 3, del 5 dicembre 2018, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*.

di misurazione dell'orario. Essa infatti prevede, tra l'altro, che il registro degli orari di lavoro debba contenere un'indicazione dell'orario di inizio e fine dell'orario, nonché interruzioni o intervalli che non sono inclusi in esso, al fine di determinare il numero di ore di lavoro lavorate per ogni lavoratore, al giorno e alla settimana; il registro, poi, deve essere conservato per 5 anni in un luogo accessibile e in modo da consentirne la consultazione immediata⁽²¹⁾.

Sulla scorta degli elementi emersi nel dibattito spagnolo, al contrario, può affermarsi l'inadeguatezza della nostra disciplina - che già prevede l'annotazione della durata dell'orario su un registro (il Libro unico del lavoro - LUL)⁽²²⁾ - a garantire la misurazione *obiettiva, affidabile e accessibile* della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore.

Questa disciplina, la quale prevede, tra l'altro, che il datore di lavoro tenga «un calendario delle presenze, da cui risulti, per ogni giorno, il numero di ore di lavoro effettuate da ciascun lavoratore subordinato, nonché l'indicazione delle ore di straordinario, delle eventuali assenze dal lavoro, anche non retribuite, delle ferie e dei riposi», appare inadeguata per una serie di ragioni.

In particolare, per quel che qui più interessa:

- nel LUL sono riportate solo le ore complessivamente svolte dal lavoratore nella giornata e manca «la previsione di un obbligo di registrazione degli orari di ingresso e di uscita dei lavoratori, e dunque dell'articolazione temporale delle ore giornaliere effettivamente svolte»⁽²³⁾;

- le annotazioni sono semplificate per i lavoratori ai quale «venga corrisposta una retribuzione fissa o a giornata intera o a periodi superiori»; per questi ultimi, infatti, «è annotata solo la giornata di presenza al lavoro». Questo dato è certamente insufficiente a dar conto anche della durata effettiva della prestazione dei lavoratori in questione, al fine della verifica del rispetto dei limiti massimi di orario e di quelli minimi di riposo⁽²⁴⁾.

Va poi osservato che il campo di applicazione del LUL è limitato ai datori di lavoro privati⁽²⁵⁾. Ciononostante, non può essere trascurato il possibile effetto positivo derivante, di fatto, da una diversa previsione, le cui finalità sono però connesse, come noto, non alla tutela della salute del lavoratore, ma all'esigenza di evitare costi ingiustificati per le Pubbliche amministrazioni. Queste ultime, infatti, «non possono erogare compensi per lavoro straordinario se non previa attivazione dei sistemi di rilevazione automatica delle presenze»⁽²⁶⁾. Al fine di adeguarsi a queste previsioni, nella gran parte delle pubbliche amministrazioni sono state introdotti strumenti oggettivi di misurazione della prestazione

⁽²¹⁾ V., ancora, i già citati art. 202, Codice del lavoro portoghese, e art. 10, l. n. 107/2009.

⁽²²⁾ Art. 39, d.l. n. 112/2008 (conv. dalla l. n. 133/2008).

⁽²³⁾ G. Gentile, *Orario di lavoro giornaliero: per la Corte di Giustizia sussiste l'obbligo di misurazione e rilevazione*, *DLM*, 2019, 608 ss., spec. 616 s.

⁽²⁴⁾ Il profilo è evidenziato, tra gli altri, da A. Orlando - L. Furfaro, *La gestione dell'orario di lavoro nello smart working*, *GLav.*, 2019, n. 31, 17 ss.

⁽²⁵⁾ Art. 39, co. 1, d.l. n. 112/2008.

⁽²⁶⁾ Art. 3, co. 83, l. n. 244/2007.

(tornelli e/o badge), che hanno superato precedenti sistemi basati sulla registrazione su registri di presenza cartacei (certamente meno affidabili, per il vero anche in vista della verifica del rispetto dei diritti assicurati dalla dir. 2003/88).

3. Una sfida più impegnativa: far comprendere che la misurazione dell'orario è uno strumento indispensabile per perseguire finalità di tutela della salute anche quando il lavoratore gode di una certa flessibilità nella collocazione della prestazione

Come s'è visto con riferimento alla nuova disciplina spagnola in materia di registrazione dell'orario di lavoro, il ricorso a meccanismi di *flessibilità* dell'orario di lavoro (anche nell'interesse del prestatore di lavoro e non solo dell'impresa)⁽²⁷⁾ comporta che essi possono continuare ad essere utilizzati, fermo restando che il registro sarà applicabile anche quando il datore di lavoro vi farà ricorso⁽²⁸⁾.

La questione, nel nostro dibattito interno, si è intrecciata con la verifica della rilevanza dei tempi nel lavoro agile, anche in virtù del tenore letterale del dato normativo, il quale, da un lato, prevede che la prestazione lavorativa in modalità agile sia resa «senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro» (art. 18, co. 1, 1° periodo, l. n. 81/2017); per altro verso, stabilisce che essa deve comunque essere «eseguita [...] entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, co. 1, 2° periodo, l. n. 81/2017)⁽²⁹⁾.

Orbene, è chiaro che questo dato normativo può apparire intrinsecamente contraddittorio se non si ha ben chiaro che l'*assenza di vincoli* di orario di cui parla la previsione, nella sua prima parte, ben può concernere la sola *collocazione* della prestazione e non investe necessariamente la sua *durata* (il *quantum*).

Ma su questo si tornerà tra breve, non prima di avere precisato che, nella sentenza resa dalla corte nel caso *CCOO* e in altre precedenti, emergono elementi utili a chiarire i confini tra queste diverse ipotesi di *flessibilità* oraria.

Come ben arguibile dalle argomentazioni utilizzate dalla Corte per affermare la sussistenza, nel diritto dell'Unione, di un obbligo per gli Stati membri di prevedere l'istituzione di un sistema che consenta la misurazione dell'orario, il dibattito sulla misurazione non può che essere successivo a quello, prioritario, sul campo di applicazione (oltre che sul contenuto) dei limiti alla durata della prestazione finalizzati a garantire la salute del lavoratore.

(27) Non potendo qui entrare nel dettaglio di questa distinzione e delle sue implicazioni, ci si limita a rinviare a V. Leccese *Flessibilità o imprevedibilità del tempo di lavoro? Tra flessibilità nell'interesse del datore e tutele individuali*, in L. Guaglianone - F. Malzani (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Giuffrè, 2007, 223 ss.

(28) V., ancora, J. Gorelli Hernandez, *op. cit.*, 128.

(29) Su questa previsione, da ultimo, O. Razzolini, *Lavoro agile e orario di lavoro*, DRI, 2022, 371 ss.

La Corte, in effetti, dopo aver affermato che le disposizioni della dir. 2003/88 «ostano ad una normativa di uno Stato membro che, secondo l'interpretazione che ne è data dalla giurisprudenza nazionale, non impone ai datori di lavoro l'obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore», chiarisce altresì che vanno fatti salvi i casi riconducibili all'art. 17, par. 1, della medesima direttiva⁽³⁰⁾.

Quest'ultima disposizione, in particolare, consente agli Stati membri, nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, di derogare alla gran parte delle tutele poste dalla direttiva allorché «la durata dell'orario di lavoro, a causa delle particolari caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi»; in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti o di altre persone aventi potere di decisione autonomo; b) di manodopera familiare; o c) di lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose”.

L'affermazione della Corte è, quindi, coerente con le premesse del suo ragionamento: se l'obbligo di misurazione deriva dalla necessità di disporre di strumenti utili a verificare il rispetto delle tutele previste dalla direttiva, è quindi evidente che esso non sussista quando tali tutele non operano.

Una rilevante questione concerne, però, il novero dei lavoratori per i quali la deroga è ammessa. Al riguardo va ribadito che l'effettiva sussistenza delle caratteristiche richieste dalla previsione europea (come da quella interna) deve essere riscontrata non in linea astratta, bensì alla luce del concreto atteggiarsi del singolo rapporto. La fattispecie derogatoria, ad esempio, non può ritenersi integrata in presenza della mera attribuzione della qualifica dirigenziale, del mero inquadramento del lavoratore nell'ambito del c.d. personale direttivo, dal fatto che l'attività è svolta da «manodopera familiare», ovvero ancora – val la pena di anticipare - dal solo svolgimento *a distanza* del rapporto (telelavoro)⁽³¹⁾.

Come osservato dalla stessa Commissione europea, i criteri adottati dagli Stati membri per determinare le esclusioni dalle tutele (ivi compreso il fatto che i lavoratori svolgano funzioni amministrative o lavorino da casa) non garantiscono necessariamente che i presupposti imposti dall'art. 17, par. 1, della direttiva siano rispettati. E ciò conferma la necessità di una verifica caso per caso della effettiva sussistenza di quei presupposti.

Un simile verifica è del resto imposta dalla rigorosa posizione assunta dalla Corte di Giustizia.

In linea generale, secondo la Corte tutte le deroghe previste dalla direttiva, in quanto eccezioni al sistema europeo di organizzazione dell'orario, «devono essere interpretate in modo che la loro portata sia limitata a quanto strettamente necessario alla tutela degli

⁽³⁰⁾ C. giust. 14 maggio 2019, *CCOO, cit.*, punto 63.

⁽³¹⁾ V. Leccese, *Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time*, in E. Ales - M. Bell - O. Deinert - S. Robin-Olivier (editors), *International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2018, 1285 ss., spec. 1310, e già Id., *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, 2006, 255 ss.

interessi che tali deroghe permettono di proteggere»⁽³²⁾; così come, per converso, al fine di garantire il perseguimento delle finalità poste alla base della direttiva e dell'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti, va riconosciuto che le disposizioni della prima «non possono essere oggetto di interpretazione restrittiva a scapito dei diritti che il lavoratore trae» da essa⁽³³⁾.

Per quanto attiene specificamente alla deroga contemplata dall'art. 17, par. 1, la Corte, ha anzitutto confermato che essa può operare solo se risulti provato che al lavoratore è riconosciuta la facoltà di «decidere del numero di ore di lavoro» da prestare⁽³⁴⁾. Il Giudice dell'Unione, inoltre, ha incisivamente precisato che la deroga in questione «si applica solo ai lavoratori il cui orario di lavoro *nella sua interezza* [non, dunque, solo in parte] non è misurato o predeterminato o può essere determinato dai lavoratori stessi, a causa della natura dell'attività esercitata»⁽³⁵⁾. La deroga di cui all'art. 17, par. 1, dir. 2003/88, quindi, «non è applicabile a un'attività subordinata (...) qualora non sia dimostrato che l'orario di lavoro, *nel suo complesso*, non sia misurato o predeterminato o che possa essere stabilito dal lavoratore stesso»; tanto che, in assenza di tale presupposto, non è neppure necessario verificare se l'attività dei lavoratori sia riconducibile a una di quelle esemplificativamente indicate nella previsione⁽³⁶⁾.

Operati questi chiarimenti, si possono quindi trarre alcune conclusioni relative alla rilevanza nel lavoro agile delle tutele previste dalla disciplina europea in materia di orario di lavoro e, specificamente, sulla misurazione di quest'ultimo.

Tornando al nostro dato normativo interno, va anzitutto osservato che, se la prestazione svolta in lavoro agile deve essere eseguita entro i «limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (v. il già citato secondo periodo dell'art. 18, co. 1, l. n. 81/2017), è inevitabile ammettere che anche per essa sussista – almeno in linea generale – l'esigenza di instaurare un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la *misurazione* della durata dell'orario di lavoro (sì da garantire che l'effetto utile dei diritti posti dall'Unione in funzione di tutela della salute del prestatore sia integralmente assicurato)⁽³⁷⁾.

Se questo è vero, non può però essere trascurato il fatto che il dato normativo oggi vigente - pur non brillando per chiarezza e presentando non pochi difetti di coordinamento con la disciplina generale dell'orario dettata, in attuazione della disciplina dell'Unione, dal d.lgs. n. 66/2003⁽³⁸⁾ - consente di attuare una pluralità di forme di lavoro agile.

⁽³²⁾ C. giust. 9 settembre 2003, C- 151/02, *Jäger*, punto 89; 14 ottobre 2010, C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère*, punto 40.

⁽³³⁾ Come ribadito nella stessa *CCOO*, punto 32.

⁽³⁴⁾ C. giust. case 14 ottobre 2010, *Union syndicale Solidaires Isère*, cit., punti 41 ss.

⁽³⁵⁾ C. giust. 7 settembre 2006, C-484/04, *Commissione v. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, punto 20.

⁽³⁶⁾ C. giust. 26 luglio 2017, Case C-175/16, *Hälvä*, punti 45 e 49.

⁽³⁷⁾ In senso diverso, pare, A. Orlando - L. Furfaro, *op. cit.*

⁽³⁸⁾ Cfr., tra gli altri, M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, *DSL*, 2017, n. 1, par. 5; A. Donini, *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultati*, Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, *WP CSDLE Collective Volumes*, n. 6/2017, 92 ss.; A. Fenoglio, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in G. Zilio Grandi - M. Biasi

Per ciò che attiene alla dimensione temporale, in particolare, la previsione che qualifica il lavoro agile «quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e *senza precisi vincoli di orario* o di luogo di lavoro» si presta, a seconda delle scelte delle parti e/o delle variabili organizzative, a diverse soluzioni applicative, anche a causa della compresenza, nella struttura della norma, di fasi di lavoro in azienda e fasi di lavoro al di fuori di essa; sarà sufficiente, ai fini della presente trattazione, evidenziarne due, che si collocano agli estremi delle diverse ipotesi concretamente adottate.

Una prima soluzione, meno incisiva, ma a quanto pare parecchio diffusa nella prassi, è quella nella quale ci si limita a *svincolare* la fase di lavoro resa da remoto dal rispetto di rigide *fasce orarie*, lasciando il lavoratore libero di scegliere (oltre che *dove*, anche) *quando* lavorare, ma non di determinare autonomamente il *quantum* della prestazione, che resta comunque ancorato, anche in tale fase, alla durata normale prevista per i lavoratori che non eseguono il lavoro in modalità agile⁽³⁹⁾.

Orbene, questa prima soluzione non pone alcun problema di conciliabilità tra il primo e il secondo periodo dell'art. 18, co. 1, l. n. 81/2017, perché al lavoratore, pur libero (o quasi) da vincoli di *collocazione* dell'orario, è comunque imposto il rispetto di un *quantum* di orario anche nelle fasi in cui non lavora in azienda. Pertanto, benché il lavoratore goda di spazi (in ipotesi anche molto ampi) di flessibilità nella collocazione della prestazione, la durata della prestazione sarà comunque *misurata*, sia al fine di verificare la correttezza dell'adempimento, sia in vista del rispetto dei limiti prescritti dalla disciplina europea in funzione di tutela della salute del prestatore di lavoro.

Una seconda soluzione, più complessa sul piano organizzativo, può invece comportare un reale superamento delle coordinate temporali, mediante il ricorso a «forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi» (cfr. ancora art. 18, co. 1, 1° periodo, l. n. 81).

(a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018, 555 ss.; F. Chietera, *Il lavoro agile*, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, ADAPT University Press, 2018, 352 s.; G. Proia, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. Fiorillo - A. Perulli (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, 188 ss.

⁽³⁹⁾ Questa modalità sembra ammessa, ad es., da S. Cairoli, *La definizione di lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, in Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, op. cit., 12 ss.; A. Donini, *I confini della prestazione agile*, op. cit., 96 ss.; M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità*, op. cit., 17; C. Spinelli, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018, 153; F. Chietera, *Il lavoro agile*, op. cit., 352; A. Fenoglio, *Il diritto alla disconnessione*, op. cit., 557; R. Casillo, *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, RGL, 2018, I, 120 ss.; parrebbe esclusa invece da G. Proia, *L'accordo individuale*, op. cit., 187 ss., spec. 190. La soluzione risulta tra l'altro adottata negli accordi collettivi o individuali che si preoccupano di disciplinare in vario modo lo svolgimento di prestazioni straordinarie in lavoro agile (per alcune esemplificazioni, v. M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, DRI, 2017, 952 ss.; A. Occhino, *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva*, LPA, 2018, 107 ss.; A. Fenoglio, *Il diritto alla disconnessione*, op. cit., 558, nt. 23), le quali presuppongono, appunto, il rispetto di un orario normale, quantomeno su base settimanale (art. 1, co. 2, lett. c), d.lgs. n. 66/2003). Essa, poi, può combinarsi con diverse limitazioni della facoltà di scelta del lavoratore, quale, ad es., la previsione di fasce di connessione concordate (anch'esse presenti in alcune regolamentazioni collettive e/o accordi individuali).

In tali evenienze, la conciliazione tra i due periodi dell'art. 18, co. 1, è meno agevole poiché, per un verso, l'orario potrebbe perdere la propria rilevanza quale criterio diretto di commisurazione della controprestazione retributiva e, d'altro canto, la sua *misurazione* potrebbe essere ancora ritenuta indispensabile ai fini della verifica del rispetto dei «soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva», come previsto dal secondo periodo dell'art. 18, co. 1.

Anche questa seconda soluzione, dunque, potrebbe risultare insufficiente a escludere il rispetto dei limiti fissati dalla disciplina europea, ove non ricorrano anche altre condizioni, come si dirà in conclusione. Proprio con riferimento a questa ipotesi, infatti, è possibile cogliere appieno la portata delle puntualizzazioni operata dalla Corte in merito all'esclusione dall'obbligo di *misurazione* in presenza nei casi previsti dall'art. 17, par. 1, dir. 2003/88.

Prima di giungere alle conclusioni, è però utile rammentare che il d.lgs. n. 66/2003 ha riproposto la previsione dettata dall'art. 17 della direttiva, ma ha ampliato l'elenco dei lavoratori esclusi dalle tutele, menzionando anche le «prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro» (art. 17, co. 5, lett. *d*, d.lgs. n. 66/2003). L'ampliamento, peraltro, non collide con la previsione europea di riferimento, poiché quest'ultima (come, del resto, quella interna) delinea il presupposto oggettivo della deroga attraverso l'utilizzo dell'espressione *in particolare*, sì che il più ridotto elenco in essa contenuto può essere considerato non tassativo e, pertanto, ampliabile dal singolo Stato membro.

Orbene, la struttura di entrambe le previsioni e, in particolare, il fatto che gli elenchi in esse contenuti rivestano carattere meramente esemplificativo inducono a ritenere che, in presenza dei requisiti prescritti, anche il lavoro agile possa essere sottratto al rispetto delle norme di tutela; ciò, ovviamente, a condizione che il lavoratore sia realmente impiegato in un'attività nella quale, a causa delle sue caratteristiche, la durata dell'orario «non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi».

In conclusione, nel rispetto della posizione sinora assunta dalla Corte, anche i lavoratori agili possono essere sottratti ai limiti di durata e dai riposi giornalieri.

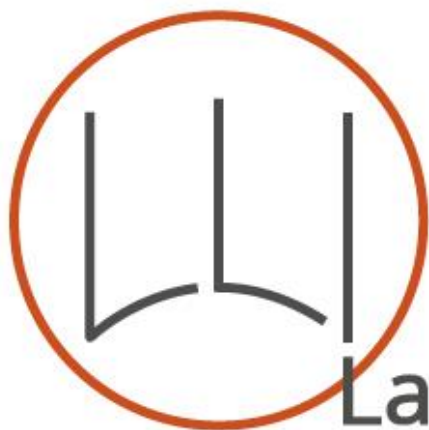
Questa eventuale sottrazione dei lavoratori agili dalle tutele (come, del resto, dei telelavoratori menzionati dall'art. 17, co. 5, d.lgs. n. 66/2003) sarà legittima a condizione che sia verificata, caso per caso, la loro effettiva possibilità di autodeterminare non solo la *collocazione* ma anche, *nella sua interezza* (cioè anche nelle fasi di lavoro svolte in azienda), della *durata* della prestazione⁽⁴⁰⁾.

Solo in tale evenienza, dunque, non sarà necessaria l'attivazione di “un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro”, secondo quanto stabilito dalla Corte in *CCOO*.

⁽⁴⁰⁾ Caratteristica, questa, che sarebbe evidentemente più agevolmente riscontrabile proprio ove si adottino “forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi”.

Bibliografia

- Biasi M., *Individuale e collettivo nel diritto alla disconnessione: spunti comparatistici*, in *DRI*, 2022, 400 ss.
- Cairolì S., *La definizione di lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, in Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, in *WP CSDLE Collective Volumes* n. 6/2017, 7 ss.
- Carinci M.T., *Sul principio di proporzionalità quantitativa della retribuzione al "lavoro prestato" ex art. 36 Cost.*, in *q. Riv.*, 2022, 8, 1, 87 ss.
- Casillo R., *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in *RGL*, 2018, I, 115 ss.
- Chietera F., *Il lavoro agile*, in G. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, ADAPT University Press, 2018, 345 ss.
- Donini A., *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultati*, Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, in *WP CSDLE Collective Volumes* n. 6/2017, 90 ss.
- Fenoglio A., *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in G. Zilio Grandi - M. Biasi (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018, 547 ss.
- Gentile G., *Orario di lavoro giornaliero: per la Corte di Giustizia sussiste l'obbligo di misurazione e rilevazione*, in *DLM*, 2019, 608 ss.
- Gorelli Hernandez J., *Horas extraordinarias. Delimitación, registro y régimen jurídico*, Aranzadi, 2020.
- Leccese V., *Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time*, in E. Ales - M. Bell - O. Deinert - S. Robin-Olivier (editors), *International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2018, 1285 ss.
- Leccese V., *Flessibilità o imprevedibilità del tempo di lavoro? Tra flessibilità nell'interesse del datore e tutele individuali*, in L. Guaglianone - F. Malzani (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Giuffrè, 2007, 223 ss.
- Leccese V., *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, 2006, 255 ss.
- Leccese V., *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in *RGL*, 2020 II, 428 ss.
- Nogueira Guastavino M., *La STJUE de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank (C-55/18), relativa a la obligación de llevar un registro de la jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instrumentales*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019, 929 ss.
- Occhino A., *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva*, in *LPA*, 2018, 81 ss.
- Orlando A. – Furfaro L., *La gestione dell'orario di lavoro nello smart working*, in *GLaw*, 2019, n. 31, 17 ss.
- Peruzzi M., *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, n. 1, 1 ss.
- Proia G., *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. Fiorillo - A. Perulli (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, 177 ss.
- Razzolini O., *Lavoro agile e orario di lavoro*, in *DRI*, 2022, 371 ss.
- Spinelli C., *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018.
- Tiraboschi M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2017, 921 ss.
- Zucaro R., *Nuove modalità di tutela della qualità del tempo di vita e di lavoro. Il diritto alla disconnessione*, in *LPA*, 2022, 311 ss.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Dell'inidoneità del tempo nella qualificazione dei rapporti di lavoro

MARCO BARBIERI

Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695



Dell'inidoneità del tempo nella qualificazione dei rapporti di lavoro

MARCO BARBIERI

Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

Ordinario di Diritto del Lavoro

marco.barbieri@uniba.it

ABSTRACT

After a historical reconstruction of the theoretical framework of working time (from Barassi onwards), the Author argues that the continuity of the performance of the service is not (and has never been) an element of law with respect to the qualifying operations of the relationship, there is no reference to working time in art. 2094 cc; indeed, neither the predefinition within the negotiation program of the quantum of the obligation to work, nor the predefinition of the temporal location of the benefits, nor the continuity thereof are necessary elements of the case, because this theoretical framework ignores the case-law elaboration on the 'minimum technical-temporal unit', under which work has no meaning; It is precisely this case law which shows, on the one hand, that the active behaviour of the worker is not boundlessly divisible into fractions of time and, on the other, that the proprium of subordination is to be found only in the double alienity, and not in the quantity and pervasiveness of the orders and provisions materially given by the employer to the employee.

Keywords: working time; subordination; continuity; art. 2094 c.c.; double alienity.

<https://doi.org/10.6092/issn2421-2695/15110>

Dell'inidoneità del tempo nella qualificazione dei rapporti di lavoro

SOMMARIO: 1. – Il tempo e la fattispecie, da Barassi al Codice civile. – 2. La continuità come indice di subordinazione. – 3. La continuità come elemento strutturale di taluni rapporti di lavoro autonomo. La c.d. parasubordinazione. – 4. Subordinazione e predeterminazione negoziale della durata e della collocazione oraria della prestazione. – 5. L'esempio del lavoro intermittente. – 6. Il tempo come argomento nella giurisprudenza sulle controversie dei ciclofattorini. – 7. Conclusione: il tempo come elemento irrilevante nella qualificazione del rapporto.

1. Il tempo e la fattispecie, da Barassi al Codice civile

Nell'ambito del discorso disciplinare giuslavoristico, la categoria del tempo assume significati molteplici contemporanei.

Quando si parla di contratto a termine, ci si riferisce al decorso del tempo, e in particolare al raggiungimento di una certa data⁽¹⁾ come produttiva dell'effetto estintivo del rapporto; ma il decorso del tempo incontra il diritto del lavoro anche sotto il profilo della disciplina dell'orario, delle pause, dei riposi, delle ferie: a tutela di interessi che sono stati, nel trascorrere dei decenni, molto variamente interpretati. Insomma, “la durata del rapporto di lavoro è una cosa, e la durata del lavoro, che deve essere prestato nel corso del rapporto, ne è un'altra”⁽²⁾.

E se il secondo profilo, che per buona parte del Novecento è apparso collegato alla necessità di determinare la quantità del debito di lavoro cui il lavoratore o la lavoratrice si fossero vincolati con il contratto, e i limiti eteronomi che eventualmente vi fossero⁽³⁾ a tale quantità, la durata del primo è stato - e tuttora è, come dimostrano le vicissitudini apparentemente legate alla pandemia delle limitazioni all'apposizione del termine apposte con il c.d. decreto dignità⁽⁴⁾ - un tema assai delicato che misura l'equilibrio del rapporto tra le opposte esigenze delle parti.

Tuttavia, esiste una terza funzione del tempo, che attiene alla valutazione degli interessi che sono dedotti nella causa del contratto di lavoro: che è quella riassunta correntemente nell'espressione “continuatività”, e che assume perciò rilevanza nelle operazioni qualificatorie.

⁽¹⁾ O al compimento di un una determinata impresa, come indicava l'art. 1628 del Codice civile del 1865.

⁽²⁾ P. Greco, *Il contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1939 (è il volume settimo, tomo terzo, del *Trattato di diritto civile* diretto da Filippo Vassalli), 230.

⁽³⁾ Come quelli fissati dalla legislazione sociale che vi fu in Italia, dalla legge 11 febbraio 1886, n. 3657 che poneva limiti legali dal lavoro dei fanciulli al R.D.L. 15 marzo 1923, n. 692.

⁽⁴⁾ D.L. 12 luglio 2018, n. 87, convertito con modificazioni in L. 9 agosto 2018, n. 96.

Va subito osservato che non si tratta di una nozione né di una funzione originarie nel diritto del lavoro italiano: come si sa⁽⁵⁾, la discussione di Barassi con Lotmar ha per oggetto proprio il rifiuto del primo di considerare la distinzione proposta dal secondo tra lavoro a tempo e lavoro a cottimo come soddisfacente: invece Barassi centra la propria monumentale ricostruzione⁽⁶⁾ sulla direzione del lavoro altrui come criterio distintivo tra *locatio operarum* e *locatio operis*, quindi lascia sullo sfondo il tempo a questi fini, inventando uno schema assai comprensivo di situazioni anche estremamente diverse.

Compare, dunque, *un potere*, non *una organizzazione*, se non nel senso di una “potestà organizzatrice” di cui la subordinazione sarebbe “la conseguenza”, e che consiste nell’ “accentramento della gestione del lavoro”, che costituirebbe “il perno vero della distinzione tra locazione d’opere e di opera”⁽⁷⁾: ma in ogni caso non la continuità.

Anzi, Barassi, ad esempio, nega che la continuità della prestazione dedotta in obbligazione sia propria esclusivamente del contratto di lavoro⁽⁸⁾, ma anche di altri tipi in cui prevale la consegna ancorché periodica di *res*, e soprattutto osserva acutamente che “intesa dunque la «prestazione delle opere» limitatamente al concetto di «servizio», si può anche capire che si sia fatto del carattere duraturo⁽⁹⁾ un criterio addirittura differenziale tra le due forme di contratto di lavoro⁽¹⁰⁾. Ma anzitutto non è escluso che questa espressione «prestazione di servizi» alluda anche a un rapporto di breve durata⁽¹¹⁾ [...] E nello stesso tempo debbo ricordare [...] che anche una locazione d’opera può essere duratura e continuativa, quando lo scopo da raggiungere sia assorbente (cioè tale da vincolare il lavoratore autonomo a un solo committente), e si abbia perciò una somministrazione di servizi ripetentisi, o di lavoro autonomo continuativo. Un caso di questo genere si attua ad es. quando sussista tra il lavoratore autonomo e il committente un nesso durevole di dipendenza economica [...] In questi casi dunque non vi è differenza quanto al carattere assorbente e all’elemento esteriore della durata, tra le due forme fondamentali del contratto di lavoro”⁽¹²⁾.

È pur vero che Barassi sottolinea come – all’epoca in cui scriveva – questa non fosse la regola per il contratto di lavoro autonomo: ma non pare dubbio che, nell’opera

⁽⁵⁾ V. L. Gaeta, *Lodovico Barassi, Philipp Lotmar e la cultura giuridica tedesca*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent’anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita & Pensiero, Milano, 2003, 159-195 (atti del convegno tenutosi a Milano nell’Università Cattolica il 27 e 28 aprile 2001).

⁽⁶⁾ L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Roma-Milano-Napoli, 1915 (I vol.) - 1917 (II vol.)².

⁽⁷⁾ L. Barassi, *op. cit.*, vol. I, p. 634.

⁽⁸⁾ L. Barassi, *op. cit.*, vol. I, p. 539.

⁽⁹⁾ Precisamente quello che oggi si intende come continuatività.

⁽¹⁰⁾ Subordinato e autonomo.

⁽¹¹⁾ E qui in nota Barassi si riferisce agli avventizi assunti per frazione di giornata (art. 102 del Regolamento per la esecuzione della legge sugli infortuni degli operai sul lavoro – R.D. 13 marzo 1904, n. 141).

⁽¹²⁾ L. Barassi, *op. cit.*, vol. I, 681 s.

che ha avuto la nota rilevanza per la nascita del diritto del lavoro in Italia⁽¹³⁾, la continuità dello svolgimento della prestazione *non* sia considerata utile ai fini delle operazioni qualificatorie del rapporto.

Viceversa, la continuità è predicata come caratteristica del contratto d'impiego, sia pubblico sia privato, pure ricondotto espressamente alla locazione di opere: e allora la differenza a questo proposito tra impiegati e operai è ricondotta – in modo assai poco chiaro – al fatto che “è vero che vi è continuità anche per gli operai; ma in grado minore che per gli impiegati: le crisi industriali colpiscono questi meno di quelli”⁽¹⁴⁾. In realtà, approfondendo il criterio distintivo tra impiegati e operai proposto da Barassi – che rifiuta espressamente quello dell'intellettualità o manualità delle mansioni⁽¹⁵⁾ - e consistente nella “collaborazione all'amministrazione dell'azienda”⁽¹⁶⁾ emerge implicitamente la destinazione della prestazione a una organizzazione, di cui si presuppone evidentemente la permanenza.

Peraltro, con qualche contraddittorietà, lo stesso Barassi da un lato afferma che “quando il lavoro è continuativo” (il che implicitamente vuol dire che non necessariamente lo debba essere) “è dovuto per giorni successivi”, per poco dopo rilevare che “continuità è concetto relativo: si intende quella che è propria delle singole prestazioni di lavoro o⁽¹⁷⁾ quella che è stata contrattualmente fissata. E così adempie con continuità al suo lavoro tanto il domestico che ad ogni ora del giorno è pronto ai cenni del padrone, quanto il giornaliero che si incarica di dar assetto a un'ortaglia un giorno per settimana, e in questa misura attende infatti il suo lavoro”⁽¹⁸⁾.

Quando il diritto del lavoro comincia a prendere forma legislativa organica, con la legge sull'impiego privato⁽¹⁹⁾, il tempo riemerge nella normalità della stipulazione a tempo indeterminato (art. 1, co. 1, D.L.Lgt. 1919, e artt. 1, co. 1, e 4, co. 3, R.D.L. 1924)⁽²⁰⁾, collegata – sulla scia di Barassi – alla collaborazione, sia di concetto sia d'ordine, che all'impiegato era richiesta (ancora art. 1, co. 1 di entrambi i decreti), e nel decreto del 1919 anche come obbligo di determinare “il numero delle ore del servizio ordinario” (art. 11, co. 1), cioè come misura della prestazione dedotta in obbligazione, ma non prende rilievo alcuno sotto il profilo qualificatorio della subordinazione, salvo quanto si dirà *infra*.

(13) Si rinvia per un bilancio articolato a M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, *op. cit.*

(14) L. Barassi, *op. cit.*, vol. I, p. 815.

(15) L. Barassi, *op. cit.*, p. 816.

(16) L. Barassi, *op. cit.*, p. 818.

(17) Corsivo mio.

(18) L. Barassi, *op. cit.*, vol. II, rispettivamente alle 472 e 474.

(19) D.L.Lgt. 9 febbraio 1919, n. 112, poi R.D.L. 13 novembre 1924, n. 1825. Sulle ragioni che portarono a disciplinare separatamente il contratto d'impiego privato, restano valide le osservazioni di G.F. Mancini, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, RTDPC, 1966, 893-933, e qui 895.

(20) Come si sa, resa compatibile con la previsione dell'articolo 1628 del Codice civile del 1865, che interdiceva i rapporti perpetui, attraverso il riconoscimento della libera recedibilità.

Greco, nel fornire una diversa e altrettanto importante ricostruzione del contratto di lavoro, enfatizza come caratteristica del lavoro subordinato il rapporto gerarchico che si viene a costituire, attraverso la stipulazione del contratto di lavoro, per via della “inserzione del [lavoratore] nella sfera del [datore], con gli effetti propri della subordinazione”. Questa “sfera” è illustrata come azienda, e si caratterizza per la “estraneità del lavoratore alla titolarità dell’impresa”: osserva Greco che “certo lo scambio in sé e per sé non indurrebbe senz’altro lo stato di subordinazione, ove non si combinasse con l’ingresso e la permanenza, stabile o transitoria⁽²¹⁾, stabile o transitoria, del lavoratore nella *organizzazione* dell’impresa, sia poi che egli debba operare all’interno o all’esterno di essa”.

Anzi, nel criticare esplicitamente Barassi nei passaggi con cui distingue subordinazione e autonomia del lavoro, Greco osserva che “anche nella semplice prestazione di opere non si può escludere una certa autonomia del lavoratore nel regolare i propri atti, autonomia che cresce a misura che la prestazione sia di ordine più complesso e richieda maggiorie applicazione di facoltà intellettuali”, mentre reciprocamente “non è inconcepibile che un lavoratore, pur assumendo l’obbligo di prestare il risultato di un dato processo produttivo, da lui a proprio rischio organizzato, diretto e gerito, tuttavia faccia parte di quella più ampia organizzazione di impresa, che appartenga alla sfera del suo creditore, e della quel il risultato che egli deve prestare costituisca un mezzo o un elemento strumentale: onde da tale appartenenza dell’assuntore dell’*opus* alla più vasta impresa del suo creditore, derivi, rispetto a quest’ultimo, un suo stato di subordinazione, nel senso dianzi chiarito”⁽²²⁾.

Non credo quindi sia condivisibile l’opinione espressa, fra altre e altri, da Mariella Magnani, per la quale l’influsso di Barassi sull’elaborazione successiva sarebbe dovuta alla “sopravvenuta normativizzazione della scelta del nostro autore da parte del codice civile, che ha tipizzato la subordinazione come criterio di qualificazione di contratto di lavoro”⁽²³⁾, o da Edoardo Ghera, per cui “questa stessa linea di pensiero [di Barassi] si ritrova, a distanza di anni, nel codice civile del 1942”⁽²⁴⁾, in quanto mi pare piuttosto

⁽²¹⁾ Corsivo mio.

⁽²²⁾ P. Greco, *op. cit.*, 61 s. Forse oggi Perulli e Speziale (A. Perulli - V. Speziale, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Bologna, Il Mulino, 2022, 55-65, ascriverebbero questa tesi alla (da loro aspramente criticata) posizione che hanno etichettato “pansubordinazione” (61).

⁽²³⁾ M. Magnani, *La categoria contratto di lavoro e la tradizione anglosassone*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent’anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita & Pensiero, Milano, 2003, 197-213, e qui p. 199 (atti del convegno tenutosi a Milano nell’Università Cattolica il 27 e 28 aprile 2001). Nello stesso senso mi pare U. Romagnoli, «*Il contratto di lavoro» di L. Barassi cent’anni dopo*, *ivi*, 47-70, che parla di “una subordinazione tecnico-funzionale rielaborata da Barassi” che sarebbe stata “coonestata dal codice civile del 1942” (56). Ma si veda la valutazione opposta di M. Grandi, *L. Barassi e la dottrina sociale della Chiesa*, *ivi*, 123-144, che definisce conclusivamente l’opera di Barassi rinserrata “in un testo di grande elevatezza teorica e dogmatica, ma privo di aperture innovative, condizionato da una cultura accademica conservatrice, sostanzialmente ininfluyente sugli sviluppi politici e legislativi del futuro diritto del lavoro” (143).

⁽²⁴⁾ E. Ghera, *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, *DLRI*, 1988, 621-639, e qui 626. Lo stesso A. ha sempre tracciato una linea di continuità nello sviluppo tra l’opera di Barassi e quella di

che il codice civile abbia seguito una qualificazione della fattispecie ricavabile dal pensiero di Greco sopra sinteticamente ricordato⁽²⁵⁾.

Ma, ripromettendomi di svolgere questo ragionamento in altra e più appropriata sede, osservo che l'art. 2094 c.c., definendo “prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore” non contiene alcun richiamo al tempo, in nessuna delle tre funzioni che si sono sopra richiamate.

Per quanto attiene alla funzione qualificatoria, un richiamo al rilievo del tempo non emerge neppure dalle norme del Titolo III del Libro V del Codice civile, dedicate al lavoro autonomo nella duplice veste del contratto d'opera e delle professioni intellettuali.

Nella Relazione al Re che accompagna il Codice civile, si riconosce alla subordinazione “l'essenziale carattere [...] per cui il prestatore di lavoro si pone alla dipendenza e sotto la direzione dell'imprenditore, carattere che la giurisprudenza esprime col parlare di «inserzione» o «incorporazione» nell'impresa” (n. 844). Se poi si passa ad esaminare cosa il legislatore abbia scritto della disciplina codicistica del lavoro autonomo, si vedrà – a conferma del rilievo già accennato – che qui si affermi che “il rapporto di lavoro è regolato indipendentemente dal suo nesso con l'impresa, nella duplice forma di rapporto di lavoro autonomo e di lavoro subordinato, che sostituisce l'arcaica dicotomia tra *locatio operis* e *locatio operarum* (n. 913). La distinzione del lavoro autonomo da quello subordinato è posta esplicitamente nel fatto che il primo abbia “per oggetto la prestazione di un'opera o di un servizio, considerati nel loro risultato, e quindi⁽²⁶⁾ senza vincolo di subordinazione”.

Dunque, il primo elemento qualificatorio che pone il legislatore del Codice è la rilevanza giuridica del risultato dell'attività lavorativa. Si deve aggiungere che nello stesso punto (n. 914) si afferma pure che qui il Codice disciplina “solo il tipo di *locatio operis*

Greco, che non mi pare convincente (si v. l'affermazione sulla distinzione tra subordinazione organizzazione e subordinazione dipendenza presente [...] già nell'opera di Barassi e sviluppata, successivamente, dalla dottrina istituzionale di P. Greco” (Id., *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, DLRI, 2006, 1-37, e qui 4. Ma v. già E. Ghera, *Lodovico Barassi e Paolo Greco*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, op. cit., 239-251. Più condivisibile mi pare la ricostruzione di L. Gaeta, *Un breve profilo storico*, in L. Gaeta - P. Tesauro, *La subordinazione*, Utet, Torino, 1993, 1-22, e qui 21, il quale ritiene che “la previsione dell'art. 2094 del codice del 1942 [...] nacque pertanto dalla fusione di queste due componenti: la versione corretta dell'obbligazione di mezzi più la subordinazione, e la struttura organicistico-collaborativa, inserita all'interno di un'impresa fortemente gerarchizzata”. Ancor più, integralmente da condividere è la ricostruzione di L. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, DLRI, 2000, 181-200, e qui 185 s., ove afferma che “il tipo legale definito dall'art. 2094 non corrisponde alla fattispecie generale teorizzata da Barassi [...] la definizione legale deriva dalla dottrina di P. Greco”.

⁽²⁵⁾ Per una sbrigativa ma utile ricostruzione del dibattito dottrinale sulla subordinazione, specie con riferimento agli anni '80 e '90, che però non tocca l'argomento di questo lavoro, v. F. Lunardon, *L'evoluzione del concetto di subordinazione nell'elaborazione dottrinale*, QDLRI, *Subordinazione e autonomia. Vecchi e nuovi modelli*, 1998, 265-282.

⁽²⁶⁾ Corsivo mio.

più elementare, in cui il *conductor operis* presta un lavoro esclusivamente o prevalentemente proprio”.

Anche qui, non è il tempo, in nessuna forma, a identificare la fattispecie.

Dunque, la terza funzione del tempo cui si è fatto cenno è elemento extratestuale nella disciplina legale identificativa delle due fattispecie.

Occorre dunque chiedersi perché e con quale argomentazione successivamente invece il tempo abbia potuto assumere valore quale elemento rilevante nel processo qualificatorio del rapporto di lavoro come subordinato o autonomo.

2. La continuità come indice di subordinazione

Abbiamo visto dunque come la continuità del rapporto sia un elemento extratestuale, che ha origine nell'elaborazione barassiana sul contratto d'impiego come *species* del *genus* locazione delle opere, in quanto implicitamente presupponente la collaborazione a una organizzazione d'impresa della quale si presupponeva la permanenza.

Questa idea sarà destinata a duratura fortuna nel periodo intercorrente tra la seconda edizione dell'opera maggiore di Barassi e l'entrata in vigore del nuovo Codice civile, tanto che in sede di primo commento a quest'ultimo sarà ripresa dalla dottrina che commenterà per prima le disposizioni contenute in questo, sempre con argomentazioni empiriche piuttosto deboli: “la normale continuità è senza dubbio maggiormente specifica all'impiegato che all'operaio, anche per il fatto del più difficile spostamento da una ad un'altra impresa o da uno ad un altro genere di lavoro”; E, a conferma dell'interpretazione fornita *supra* a proposito di Barassi, si aggiunge che “questo elemento della continuità non va desunto dalla durata delle occupazioni, giornaliere o meno, del prestatore d'opera, ma dalla sua inserzione sistematica nell'azienda, di modo che egli venga a far parte dell'organizzazione amministrativa o tecnica dell'azienda stessa”⁽²⁷⁾.

Dunque, dal ventennio precedente essa funge da parametro *non* per la qualificazione del rapporto come subordinato o autonomo, come conferma anche il fatto che essa non sia affatto citata nel commento all'art. 2222 discorrendo proprio di questa distinzione⁽²⁸⁾, ma come elemento discretivo – uno degli elementi discretivi, peraltro - tra impiegati cui applicare la disciplina legale del decreto del 1924 e operai che a tale applicazione non potevano ambire.

⁽²⁷⁾ L. Riva Sanseverino, sub *art. 2095*, in A. Scialoja (a cura di), *Commentario del Codice civile, Libro Quinto. Del Lavoro. Art. 2060-2246*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, 1943, 181-200, e qui 185.

⁽²⁸⁾ L. Riva Sanseverino, sub *art. 2222*, in A. Scialoja (a cura di), *Commentario del Codice civile, Libro Quinto. Del Lavoro. Art. 2060-2246*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, 1943, 770-779, e qui 772 s. E del resto *ivi*, alla 771, la stessa A. osserva che tale distinzione “non aveva un grande rilievo pratico nel periodo in cui venne elaborato il precedente codice civile”.

E sotto questo profilo la giurisprudenza dell'epoca non mancò di sottolineare che l'attribuzione dei diritti derivanti dall'applicazione del decreto del 1924 derivasse, oltre che dal "vincolo di subordinazione", dai requisiti concorrenti la subordinazione, "della stabilità della collaborazione e della retribuzione fissa", ma precisando che il requisito della stabilità "ben distinto dalla continuità accidentale delle prestazioni" fosse rinvenibile quando risultasse l'intenzione delle parti di "vincolarsi in modo duraturo"⁽²⁹⁾. Questa distinzione tra stabilità – necessaria giuridicamente all'applicazione della disciplina dell'impiego privato – e continuità, irrilevante, si ritrova spesso nella giurisprudenza di legittimità e di merito precedente l'entrata in vigore del Codice del 1942.

Anche quando invece si afferma che la continuità "costituisc[a] requisito essenziale per la definizione del rapporto d'impiego privato", si soggiunge che esso "non va desunto dalla durata delle occupazioni, giornaliera o meno, del dipendente, ma va desunto dall'inserzione sistematica del dipendente medesimo nell'azienda, sicché egli venga a far parte dell'organizzazione amministrativa o tecnica dell'azienda stessa"⁽³⁰⁾.

Non mancano però sentenze che affermano la continuità come requisito essenziale del contratto d'impiego privato e dell'applicazione della relativa disciplina⁽³¹⁾.

Talvolta, poi, la giurisprudenza di legittimità adopera continuità e stabilità come sinonimi⁽³²⁾.

Altra sentenza di legittimità adopera, per distinguere rapporto d'impiego e attività autonoma, cioè per il tema che ci occupa, non già la continuità ma la subordinazione, intesa come "incorporazione più o meno completa dell'attività del dipendente in quella dell'azienda"⁽³³⁾.

Criticamente, la dottrina negli anni '60 osserverà giustamente che la continuità della prestazione dell'impiegato "è smentita dalla legge medesima che ammette, se pure in via eccezionale, la stipulazione di contratti d'impiego muniti di termine"⁽³⁴⁾. La stessa dottrina dava peso, invece, invece all'intellettualità della prestazione (derivata dall'esclusione legale della prestazione "semplicemente di mano d'opera"), e alla collaborazione, intesa come affidamento di un segmento dell'attività organizzativa propria dell'imprenditore⁽³⁵⁾.

Dunque, nelle descritte oscillazioni della giurisprudenza successiva alla disciplina legislativa dell'impiego privato ma precedente al codice troviamo una prima ragione della trasformazione della continuità del rapporto in un indice della subordinazione, malgrado i *caveat* che, come si è visto, erano stati manifestati dalla dottrina primonovecentesca. Se, insomma, la continuità/stabilità era un elemento necessario per

⁽²⁹⁾ Cass. 17 marzo 1938, n. 895, *Foro It.*, 1938, I, cc. 901-903 e qui c. 902.

⁽³⁰⁾ Cass. 13 marzo 1939, *Giur. It.*, 1939, I, 3, 130.

⁽³¹⁾ Cass. 28 marzo 1938, *MGL*, 1938, 347.

⁽³²⁾ Cass. 5 agosto 1940, *Rass. Lav.*, 1940, 211.

⁽³³⁾ Cass. 13 marzo 1939, *Il Lavoro*, 1939, 516.

⁽³⁴⁾ G.F. Mancini, *op. cit.*, 898.

⁽³⁵⁾ *Ivi*, 899 s.

il riconoscimento del rapporto d'impiego, che lo distingueva dapprima dalla mera prestazione di mano d'opera ma poi anche dalla prestazione libero professionale o comunque autonoma non ci si può meravigliare che l'emanazione del nuovo codice abbia segnato, con il riferimento della collaborazione non più ai soli impiegati ma a tutti i prestatori di lavoro subordinato, la traslazione delle stesse riflessioni in riferimento a tutti i lavoratori subordinati, e dunque all'interpretazione dell'art. 2094 c.c.⁽³⁶⁾.

La seconda ragione, invece, è la svista storica – se la si può così chiamare – che ha interpretato l'art. 2094 c.c. *come se* fosse la riscrittura in disciplina legislativa della tesi di Barassi che identificava il lavoro subordinato con l'eterodirezione del lavoro, quando, come risulta evidente già dai pochi cenni che ho fatto, è alquanto evidente la distanza tra il suo pensiero e la traduzione nella fattispecie generale dell'art. 2094 c.c., assai largamente debitrice piuttosto della differente opinione di Greco, a cominciare dal fatto che ci si riferisca al lavoro subordinato prestato nell'impresa e per l'impresa, cioè a una struttura *organizzata*. Naturalmente, in realtà non si tratta di una svista, ma dell'influenza che ha esercitato sulle operazioni ermeneutiche di dottrina e giurisprudenza il crescente peso della fabbrica fordista/taylorista come idealtipo che sarebbe stato il riferimento della disciplina codicistica: il che se appare evidentemente falso dal punto di vista storico⁽³⁷⁾, è ciononostante opinione assai diffusa⁽³⁸⁾.

Quindi, sin dagli anni '50 la giurisprudenza ha individuato nella continuità uno dei criteri per compiere l'operazione qualificatoria del rapporto di lavoro⁽³⁹⁾.

Ed è davvero significativo che proprio quando il modello fordista/taylorista – e più in generale il lavoro di fabbrica – si avviava a un progressivo ridimensionamento nella realtà economico-sociale, dagli anni '80 in poi, si manifestava, come è stato

⁽³⁶⁾ Molto netto invece S. Magrini, *Lavoro (contratto individuale)*, ED, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 369-418, e qui 385 nt. 86, nell'affermare la “assoluta difformità [...] tra il concetto di collaborazione usato dal codice civile per la definizione del lavoratore subordinato, ed il criterio tecnico [...] adottato dall'art. 1 r.d.l. n. 1825”.

⁽³⁷⁾ L'Italia dei primi anni '40 è ancora largamente un Paese agricolo-industriale. L. Mariucci, *Subordinazione e itinerari della dottrina*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, 67-74 e qui 70, osserva giustamente che “l'operaio «fordista», come referente dell'intervento di legge, arriva molto dopo, con lo Statuto dei lavoratori”.

⁽³⁸⁾ Recentemente in questo senso R. Pessi, *Il Diritto del lavoro e la Costituzione: identità e criticità*, Cacucci, Bari, 2019, 9, 155 nt. 18, 508. E, oltre un trentennio prima, R. De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in Aidlass *Il tempo di lavoro*, atti delle giornate di studio di Genova, 4-5 aprile 1986, Giuffrè, Milano, 1987, 28 s. Ma v. invece le considerazioni di E. Ghera, *Subordinazione, statuto protettivo*, *op. cit.*, 8, che parla di “modello tradizionale (di stampo taylorista-fordista) della subordinazione-eterodirezione” che viene affiancato da un “modello organizzativo diverso, quello della subordinazione-coordinamento”, dopo aver osservato che “fino agli anni '70 ha prevalso nella giurisprudenza una tendenza orientata ad assimilare subordinazione e collaborazione e ad identificare la collaborazione con la inserzione del prestatore nell'organizzazione dell'impresa; e, in definitiva, ad attenuare il nesso tra eterodirezione della prestazione e fattispecie contrattuale [...] dagli anni '80 in poi si è invece manifestata una tendenza orientata ad una delimitazione più rigorosa della fattispecie (e, correlativamente, dell'area dello statuto protettivo) che viene riportata all'interno del vincolo tecnico-funzionale e dunque della subordinazione-eterodirezione”.

⁽³⁹⁾ L. Menghini, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, *QDLRI, Subordinazione e autonomia*, *op. cit.*, 143-232, e qui 148 e 151, ove riferimenti alla giurisprudenza di legittimità.

osservato già un quarto di secolo fa⁽⁴⁰⁾, una considerevole novità rispetto all'atteggiamento precedente della giurisprudenza, attraverso "l'individuazione degli elementi con i quali si identifica la subordinazione, ridotti [...] a uno solo".

Sta di fatto che questo stereotipo si è consolidato, e che nell'interpretazione dell'art. 2094 c.c. si è formata lentamente una consuetudine senza fondamento testuale e senza rispondenza economico-sociale. Farò di nuovo l'esempio dei braccianti reclutati nottetempo nelle piazze pugliesi per una prestazione di durata non eccedente la giornata: a questa realtà economico-sociale, peraltro, che io sappia nessuno ha mai negato la connotazione di lavoro subordinato⁽⁴¹⁾, e alla durata commisurata alla giornata (e sovente effettivamente di tale durata) della prestazione degli operai agricoli si è riferito pure il legislatore nel prevedere una disciplina specifica dell'indennità di disoccupazione per gli operai agricoli⁽⁴²⁾. Del resto, anche la dottrina degli anni '50, pur ricavando dall'art. 2097 c.c. la connotazione del contratto di lavoro subordinato come implicante prestazioni di durata, osservò che "non è vincolato a una durata minima"⁽⁴³⁾.

Abbiamo poi avuto una riflessione duramente critica sugli orientamenti sino a quel punto – fine degli anni '60 - raggiunti dalla giurisprudenza, che a parere di Spagnuolo Vigorita confondeva durata e subordinazione, in quanto "esclude che possa esistere subordinazione in assenza di continuità e dall'altro – in termini esattamente rovesciati – fa dipendere la continuità dalla subordinazione"⁽⁴⁴⁾. L'attacco durissimo anche nella forma, è in realtà rivolto contro il carattere di supplenza rispetto alla subordinazione che giocava la collaborazione, intesa all'epoca dalla giurisprudenza come inserimento nell'organizzazione dell'impresa al fine di soddisfare l'interesse creditorio, inserimento che la continuità attesterebbe. Ritiene invece l'A. che "i singoli rapporti non traggono elementi di qualificazione dall'essere organizzati per il funzionamento dell'impresa", nel senso che "è il mezzo giuridico prescelto che definisce concretamente il bisogno, e non viceversa"⁽⁴⁵⁾. Egli, in sostanza, rimprovera alla giurisprudenza di collegare continuità, inserimento nell'impresa e subordinazione negando l'autonomia di quest'ultima. È una critica politica che censura la giurisprudenza per "l'esaltazione preconcepita della funzione protettiva esercitata in favore del lavoratore dal diritto del lavoro"⁽⁴⁶⁾. Naturalmente, la posizione di Spagnuolo Vigorita⁽⁴⁷⁾ è argomentata,

⁽⁴⁰⁾ L. Menghini, *op. cit.*, 145.

⁽⁴¹⁾ Anche se vedremo che non a caso in anni molto recenti si è provato a sostituire questa forma di lavoro con l'introduzione dei *voucher* anche in agricoltura.

⁽⁴²⁾ Art. 32, co. 1, lett. a), L. 29 aprile 1949, n. 264, che peraltro allo scopo comprendeva sia le giornate prestate "alle dipendenze di terzi" ma anche "quelle per attività esercitate in proprio".

⁽⁴³⁾ R. Corrado, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1956, 101 (ma si v. anche 123 ss.). Su questa proposta di dottrina, si v. la ricostruzione critica di L. Gaeta, *Tempo e subordinazione: guida alla lettura dei classici*, LD, 1998, 35-51, e qui 36-38.

⁽⁴⁴⁾ L. Spagnuolo Vigorita, *Impresa, rapporto di lavoro, continuità (riflessioni sulla giurisprudenza)*, RDCiv., 1969, I, 545-578, e qui 556.

⁽⁴⁵⁾ *Ivi*, 562.

⁽⁴⁶⁾ *Ivi*, 568.

⁽⁴⁷⁾ Sulla quale v. L. Gaeta, *Tempo e subordinazione, op. cit.*, 39-42.

sviluppando proprio nella lettura critica della giurisprudenza la discussione della continuità le tesi già esposte nella monografia di due anni prima⁽⁴⁸⁾, attraverso una lettura molto barassiana dell'art. 2094 c.c.⁽⁴⁹⁾.

È così che quando, quasi mezzo secolo dopo l'entrata in vigore del Codice, la dottrina è tornata a riflettere sul tempo di lavoro⁽⁵⁰⁾ in una situazione assai mutata, nella fase di passaggio dalla società industriale a quella terziarizzata, una relazione introduttiva molto sofisticata⁽⁵¹⁾, ha dato molta attenzione proprio alla “rilevanza qualificatoria del tempo nei rapporti aventi ad oggetto prestazioni di attività lavorativa”⁽⁵²⁾.

Questa scelta era motivata dalla duplice constatazione che il datore di lavoro potesse acquisire “blocchi di forza lavoro, pur sempre delimitati in base la parametri temporali, che tuttavia presentano dimensioni più ridotte o flessibili rispetto alla fattispecie tipica”; e che attraverso il “decentramento tecnologico” (De Luca Tamajo si riferiva espressamente al telelavoro a domicilio) “la prestazione dovuta si lascia[ss]e apprezzare in termini più di risultato che di tempo lavoro”⁽⁵³⁾. E, da questo punto di vista, non si è esitato a parlare di “discredito” che investiva “l'elemento della continuità quale indice della subordinazione”, sotto il duplice profilo della sua riferibilità *ex art.* 409, n. 3, c.p.c., anche a rapporti di lavoro autonomo, e dell'esistenza di rapporti di lavoro subordinato “caratterizzati da prestazione di durata anche brevissima nella giornata e nel mese ovvero da ampi intervalli tra una prestazione e un'altra”⁽⁵⁴⁾.

Peraltro, non è mancato un indirizzo giurisprudenziale che, valorizzando il criterio dell'inserzione nell'impresa, ha sostenuto come, per aversi subordinazione, “anche prestazioni saltuarie ed occasionali devono essere collegate ad un'esigenza stabile dell'organizzazione produttiva nella quale si inseriscono”⁽⁵⁵⁾.

Un altro elemento ha contribuito alla ricostruzione della continuità come elemento strutturale della fattispecie lavoro subordinato – e dunque ad assegnare al tempo un elevato valore qualificatorio⁽⁵⁶⁾: l'idea che l'obbligazione di lavoro fosse

⁽⁴⁸⁾ L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro*, Morano, Napoli, 1967.

⁽⁴⁹⁾ L. Spagnuolo Vigorita, *Impresa, rapporto di lavoro, continuità*, *op. cit.*, 568 ss.

⁽⁵⁰⁾ Aidlass, *Il tempo di lavoro*, atti delle giornate di studio di Genova, 4-5 aprile 1986, Giuffrè, Milano, 1987, su cui v. L. Gaeta, *Tempo e subordinazione*, *op. cit.*, 46-50.

⁽⁵¹⁾ R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 3-39.

⁽⁵²⁾ *Ivi*, 25.

⁽⁵³⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁴⁾ R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 28. V., nella stessa sede, le critiche immediatamente mosse contro questa impostazione da P. Ichino nel suo intervento (*ivi*, 121-127, e specie 125-127), e anche da E. Ghera, *ivi*, 70-175, sulla base della convinzione che “l'elemento della durata entra [...] nella causa” dell'obbligazione lavorativa come obbligazione ad esecuzione continuata (171), onde la “continuità come schema rappresentativo minimo della fattispecie del lavoro subordinato” (173); e da M. Pedrazzoli, *Spunti su modalità temporale, fattispecie e autonomia collettiva*, *ivi*, 198-206, il quale sostenne “l'ipotesi che il tempo stia invece crescendo di importanza nel procedimento qualificatorio” (203). La replica di R. De Luca Tamajo *ivi*, alle 207-213.

⁽⁵⁵⁾ Riassume così quella posizione P. Tesauro, *I criteri distintivi nella giurisprudenza*, in L. Gaeta - P. Tesauro, *op. cit.*, 94, ove richiami.

⁽⁵⁶⁾ P. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1984, I, 14, afferma che “lo studio della rilevanza dell'elemento tempo nella struttura del rapporto di lavoro possa essere di

necessariamente una obbligazione di durata, non nel senso di una generica continuità⁽⁵⁷⁾ bensì “come illimitata divisibilità della prestazione lavorativa in ragione del tempo”⁽⁵⁸⁾.

Questa idea, in realtà, si ritrova già nella dottrina degli anni '50, allorquando individua un criterio discretivo idoneo alle operazioni qualificatorie non già nella durata in se stessa, ma nel fatto che “la reiterazione riguarda, nella *locatio operis*, prestazioni istantanee; nella *locatio operarum*, prestazioni continuative”⁽⁵⁹⁾, tanto da parlare di “funzione livellatrice del tempo”⁽⁶⁰⁾.

Non tanto differente mi pare la posizione che espresse Pietro Ichino tra gli anni '80 e gli anni '90, individuando la continuità in senso tecnico – misurata sul rapporto obbligatorio, non sul comportamento di fatto – della prestazione promessa come elemento che, se da un lato appare un corollario della eterodirezione, tanto che “tutte le prestazioni di lavoro assoggettate pienamente al vincolo dell'eterodirezione hanno dunque il carattere della continuità”, onde il carattere non continuativo escluderebbe *ex se* l'eterodirezione della prestazione⁽⁶¹⁾; dall'altro ne costituirebbe un “presupposto necessario”⁽⁶²⁾. Di conseguenza, assumendo “come oggetto immediato dell'operazione qualificatoria l'assetto negoziale del rapporto”, il rilievo fondamentale dato la programma negoziale “comporta l'affidamento del creditore sull'estensione nel tempo dell'obbligazione lavorativa [...] laddove manchi tale affidamento, essendo il prestatore libero per contratto di rifiutare in qualsiasi momento la propria prestazione in costanza di rapporto, questa non potrebbe qualificarsi come durevole”⁽⁶³⁾.

Questa retrotrazione della continuità al programma negoziale ha notevoli conseguenze: l'A. qui criticato porta a escludere dalla subordinazione *ex art.* 2094 c.c. una serie di figure quali quella del lavoro a domicilio, del lavoro sportivo, del lavoro domestico⁽⁶⁴⁾, che corrisponderebbero ad altrettanti tipi di lavoro subordinato differenti da quello del lavoro subordinato nell'impresa; a negare la subordinazione nel caso in cui l'obbligazione assunta renda possibile rifiutarsi di svolgere una prestazione richiesta (ma la tesi precede l'introduzione del lavoro intermittente, di cui si dirà, nell'ordinamento italiano); a ritenere il coordinamento temporale della prestazione – distinto in

notevole utilità per l'individuazione [...] del procedimento logico che presiede alla scelta dei criteri di distinzione di volta in volta applicabili tra lavoro subordinato e lavoro autonomo”.

⁽⁵⁷⁾ Smentita sulla base dei dati normativi dell'epoca già da G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963, 60, che afferma come “il requisito della continuità del singolo rapporto non è essenziale”.

⁽⁵⁸⁾ R. Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989, 62. Ma v. già P. Ichino, *Il tempo della prestazione*, *op. cit.*, I, p. 16, e 1985, II, 251.

⁽⁵⁹⁾ R. Corrado, *op. cit.*, 134.

⁽⁶⁰⁾ *Ivi*, 136.

⁽⁶¹⁾ P. Ichino, *Subordinazione e autonomia*, *op. cit.*, 51.

⁽⁶²⁾ P. Ichino, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento. Artt. 2094-2095*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1992, 197. V. già Id., *Il tempo della prestazione*, *op. cit.*, I, 27.

⁽⁶³⁾ *Ivi*, 49 s.

⁽⁶⁴⁾ P. Ichino, *Il lavoro subordinato*, *op. cit.*, 97-162.

coordinamento temporale esterno⁽⁶⁵⁾, e coordinamento temporale interno⁽⁶⁶⁾ - “elemento essenziale – cioè necessario, ancorché non sufficiente – affinché possa configurarsi il contratto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c.”⁽⁶⁷⁾, anche se non di altri tipi di lavoro subordinato quali il lavoro sportivo, telelavoro o il lavoro domestico, dato che egli raggruppa sotto la comune definizione di lavoro subordinato una serie di fattispecie che ritiene causalmente differenti.

E anche Mario Grandi ha sottolineato che “nel rapporto di lavoro subordinato [...] la persistenza nel tempo non riguarda soltanto l'esecuzione della prestazione lavorativa [...] bensì la situazione stessa di subordinazione [che] si esprime nella disponibilità continuativa del prestatore, funzionale allo scopo proprio del risultato organizzativo atteso dall'utilizzatore”⁽⁶⁸⁾. Di conseguenza, “la continuità è riscontrabile anche in prestazioni lavorative non esclusive e, quanto al tempo di esecuzione, di carattere intermittente, di durata parziale o breve”⁽⁶⁹⁾. Anche in questo caso, è la illimitata frazionabilità dell'adempimento che rende possibile affermare l'esistenza della continuità per il mero protrarsi della disponibilità del prestatore per il tempo stabilito in obbligazione: il che rende evidente, a mio giudizio, che tutte le tesi qui ricordate finiscono per ridondare in una considerazione dell'oggetto del contratto di lavoro subordinato⁽⁷⁰⁾ che lo sposta dal comportamento attivo del prestatore – non si può qui neanche sfiorare il tema se sussista un interesse del prestatore all'effettivo svolgimento della prestazione, ulteriore rispetto al generale interesse del debitore all'adempimento ai fini della liberazione dal vincolo, interesse generalmente negato in dottrina⁽⁷¹⁾ e isolatamente affermata da un argomentatissima e rigorosa sentenza di legittimità⁽⁷²⁾ -

⁽⁶⁵⁾ P. Ichino, *Subordinazione e autonomia*, op. cit., 97 “vincolo di collocazione della prestazione nel suo complesso”, compatibile anche con la qualificazione come lavoratore autonomo.

⁽⁶⁶⁾ P. Ichino, *Il lavoro subordinato*, op. cit., 196: “potere permanente di intervento del creditore per la determinazione dei tempi dei singoli segmenti della prestazione”, manifestazione dell'eterodirezione.

⁽⁶⁷⁾ *Ivi*, 73. Ne risulta ridimensionato il valore del coordinamento spaziale, che era equiparato a quello temporale in P. Ichino, *Subordinazione e autonomia*, op. cit., 95-98.

⁽⁶⁸⁾ M. Grandi, *Rapporti di lavoro*, ED, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, 313-363, e qui 325.

⁽⁶⁹⁾ *Ivi*, 326.

⁽⁷⁰⁾ Lo aveva già notato M.V. Ballestrero, *Tempo di lavoro e nozione di subordinazione*, in Aidlass, *Il tempo di lavoro*, op. cit., 163-168, la quale puntualmente osservò che “solo dopo aver deciso se lo scambio interviene tra salario e prestazione effettiva, o prestazione utile, o messa a disposizione delle energie lavorative, sapremo quale valore giochi il tempo nella definizione della subordinazione del lavoratore” (165).

⁽⁷¹⁾ Da ultimo, V. Ferrante, *Obbligo e diritto alla esecuzione della prestazione*, in M. Persiani - F. Carinci, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, t. II, *Contratto di lavoro e organizzazione. Diritti e obblighi*, M. Marazza (a cura di), Cedam, Padova, 2012, 1652-1688, e qui 1668-1675, ove ulteriori richiami. Ma v. già M. Grandi, op. cit., 337 s., che bizzarramente collega la concezione dell'obbligazione di lavoro quale disponibilità del lavoratore alle tesi che affermano il diritto del prestatore ad eseguire la prestazione pattuita; o S. Magrini, *Lavoro*, op. cit., 384 e specie *ivi*, nt. 79, che indica una serie di eccezioni. Per la negativa anche V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992, 190-224, ed E. Balletti, *La cooperazione del datore di lavoro all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Cedam, Padova, 1990, *passim*.

⁽⁷²⁾ Cass. 18 giugno 2012, n. 9966. Si v. pure Cass. 17 settembre 2008, n. 23744, la quale, pur negando in via generale l'esistenza di un interesse del debitore all'esecuzione della prestazione, lo riconosce a un lavoratore parasubordinato, sotto il profilo della tutela della professionalità.

alla mera disponibilità, anche in contraddizione da quanto peraltro affermato dagli stessi autori⁽⁷³⁾.

Appare dunque da condividere la critica che, già all'epoca, formulò Luca Nogler, il quale rilevò come “la divisione di Ichino rappresenta [...] un corollario della distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato”, e dunque è soggetta alle stesse critiche, a cominciare dal fatto che in ogni obbligazione sia dovuto un risultato che rappresenti la soddisfazione dell'interesse creditorio, a proseguire con l'osservazione che anche il lavoro autonomo conosce – per esempio nelle professioni liberali – delle obbligazioni di lavoro in cui è dedotto un mero comportamento del lavoratore⁽⁷⁴⁾, onde la distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato così come quella della illimitata divisibilità o meno degli adempimenti “non serve a discriminare tra tipi di lavoro autonomo e subordinato”⁽⁷⁵⁾.

Ma l'idea dell'illimitata frazionabilità nel tempo degli adempimenti parziali dell'obbligazione lavorativa, sulla quale si tornerà nelle conclusioni, e che abbiamo visto giocare un ruolo così importante nelle tesi di dottrina richiamate, oltre ad avere una origine filosofica che ora non si può qui discutere neppure per cenni ma che andrebbe invece esaminata con attenzione, urta contro un'altra considerazione: è stato già rilevato all'epoca che “le nuove tecnologie in sostanza attenuano la percezione del tempo come un continuum omogeneo”, onde “il valore corrispettivo delle singole unità temporale della prestazione resta inevitabilmente condizionato dalla interazione con variabili esterne”⁽⁷⁶⁾.

Di conseguenza, in uno dei periodici momenti in cui la discussione sulla subordinazione si è ravvivata negli ottanta anni che ci separano dal Codice civile, Fiorella Lunardon ha potuto elaborare una tassonomia dei modi in cui la giurisprudenza ha utilizzato le riflessioni dottrinali, individuando con precisione “tre insiemi di criteri, il cui ordine [...] grosso modo gerarchico è rispettato da gran parte della

⁽⁷³⁾ V., per esempio, M. Grandi, *op. cit.*, p. 336, ove si sostiene che “con il prospettato contenuto dell'obbligazione di lavoro, quale comportamento attivo di prestazione, non risulta compatibile la tesi che lo identifica con un astratto stare a disposizione del lavoratore o un mettere a disposizione le proprie energie lavorative”. Per una critica della teoria dell'obbligo del prestatore di mettere a disposizione del datore le proprie energie, vista come foriera di inaccettabile mercificazione del lavoro, v. F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1983, 33-35, che la fa risalire a un passo di P. Greco, *op. cit.*, 34, che però non mi pare deponga in tal senso, poiché vi si parla di “condotta” che il prestatore si sia obbligato a tenere. V. pure E. Ghera – F. Liso, *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, ED, Giuffrè, Milano, 1976, vol. XXVI, 997-1003, e qui 980.

⁽⁷⁴⁾ *Contra* A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, Giuffrè, Milano, 1996, 425.

⁽⁷⁵⁾ L. Nogler, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, RIDL, 1990, I, 224, e qui 197 s. Va ricordato che Nogler, in queste sue osservazioni, ha aggiornato riferendole alla teoria dell'illimitata divisibilità degli adempimenti, le critiche già formulate alla distinzione tra lavoro subordinato e autonomo fondato sulla opposizione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, che aveva formulato M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, 279-285. Anche A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, *op. cit.*, 184-191 aveva svolto un'analogica critica alle tesi di Ichino, ma sulla base che sia l'indivisibilità dell'oggetto della prestazione l'elemento differenziatore (190).

⁽⁷⁶⁾ R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 34.

giurisprudenza⁽⁷⁷⁾: quelli riguardanti il vincolo di subordinazione in sé – dunque l'eterodirezione della prestazione di lavoro –, che occupano il posto principale; quelli riguardanti parametri esterni rispetto al contenuto dell'obbligazione, che “possono sostituire l'indice principale o compensare una sua attenuazione” (e qui l'A. cita per primo proprio la continuità); quelli assolutamente residuali, privi di quella capacità sostitutiva.

Peraltro, si rilevava pure “le diversità d'accezione del criterio di continuità⁽⁷⁸⁾”, che pure appare all'A. “il più consistente tra gli indici [...] potenzialmente rilevabile tanto sul piano del vincolo contrattuale, quanto sul piano del materiale svolgimento della prestazione”: onde se ne ricava che “è difficile dire cosa la continuità in senso tecnico-giuridico”, benché “solitamente nel riferimento alla continuità il giudice cerca un sostituto del criterio dell'assoggettamento⁽⁷⁹⁾”.

Sta di fatto che la giurisprudenza nell'ultimo quarantennio ha ingiustificabilmente virato verso l'enfatizzazione del concetto di eterodirezione come base determinante delle operazioni qualificatorie⁽⁸⁰⁾: e qui vale sempre il monito di Luigi Mengoni per cui “l'eterodirezione del lavoro [...] non fornisce un criterio di qualificazione del contratto. Il criterio non può essere cercato nella natura degli effetti⁽⁸¹⁾”.

Peraltro, l'interpretazione diffusa dell'eterodirezione come elemento strutturale unico e determinante della subordinazione – talvolta in giurisprudenza anche nella veste insostenibile per cui ai fini della qualificazione come lavoro subordinato necessitassero ordini specifici e costanti⁽⁸²⁾ cozzava e cozza palesemente contro il fatto che l'articolo successivo enumerava tra le categorie legali del lavoro subordinato quella dei “dirigenti⁽⁸³⁾”, che in realtà si era andata enucleando da quella degli impiegati sin dall'art. 1, co. 2, del R.D.L. 15 marzo 1923, n. 692, che escludeva dall'applicazione della disciplina dell'orario di lavoro ivi contenuta, fra gli altri, il “personale direttivo delle aziende”, ed era stata poi affinata nella L. 22 febbraio 1934, n. 370, sul riposo settimanale, che escludeva a sua volta dal proprio campo di applicazione il “personale preposto alla direzione tecnica od amministrativa di un'azienda ed avente diretta responsabilità nell'andamento dei servizi”, e ancora nell'art. 1, co. 2, n. 2, della legge 10

(77) F. Lunardon, *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, DLRI, 1990, 403-424, e qui 406.

(78) *Ivi*, 423.

(79) *Ivi*, 416 s.

(80) Questo slittamento è ben ricostruito in L. Menghini, *op. cit.*, 170-174.

(81) L. Mengoni, *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del «contratto di lavoro»*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, *op. cit.*, 13-21, e qui p. 15.

(82) Da ultimo in giurisprudenza di legittimità Cass. 19 gennaio 2021, n. 813, la quale ha affermato che “il requisito della subordinazione, il quale deve essere inteso come il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, caratterizzato dalla emanazione di ordini specifici oltre che dall'esercizio di una assidua attività di vigilanza e di controllo della esecuzione delle prestazioni lavorative”.

(83) In senso diverso interpreta l'inclusione dei dirigenti P. Ichino, *Il lavoro subordinato*, *op. cit.*, specie 57-62.

gennaio 1935, n. 112, che escludeva dall'obbligo del libretto di lavoro "il personale avente funzioni direttive con responsabilità nell'andamento dell'azienda".

Non avendo altro modo di sanare questa flagrante contraddizione, come si sa è stata escogitata l'idea della "subordinazione attenuata"⁽⁸⁴⁾, priva di ogni base testuale e sistematica, ma largamente diffusasi proprio per la sua idoneità a comporre, malgrado la palese indeterminatezza e sempre confondendo svolgimento empirico della fase esecutiva dell'obbligazione e determinazione della struttura di questa, le antinomie derivanti dall'assunzione dell'eterodeterminazione intesa nel senso più restrittivo come elemento unico determinante della fattispecie e dunque delle operazioni qualificatorie.

3. La continuità come elemento strutturale di taluni rapporti di lavoro autonomo. La c.d. parasubordinazione

Inoltre, nella fase storica successiva è emersa, con caratteri più generali di quanto già non fosse accaduto nel periodo corporativo con la disciplina collettiva degli agenti e dei rappresentanti di commercio⁽⁸⁵⁾, la figura delle collaborazioni coordinate e continuative, sin dall'art. 2 della Legge 14 luglio 1959, n. 741, la quale estendeva il proprio campo di applicazione anche ai "rapporti di collaborazione che si concretino in prestazione d'opera continuativa e coordinata", talché da allora la continuità – elemento extratestuale rispetto alla disciplina legislativa del lavoro subordinato – diviene invece elemento strutturale di una fattispecie che rientra nel lavoro autonomo, secondo una caratterizzazione che permarrà nel tempo attraverso il nuovo art. 409, n. 3, c.p.c. introdotto dalla Legge 11 agosto 1973, n. 533, di riforma del rito per le controversie di lavoro, e poi modificato dall'art. 15 della Legge 22 maggio 1987, n. 81: e la dottrina non ha mancato di osservare che "la continuità della prestazione risulta identificata, con sufficiente attendibilità, con la stabilità, la non occasionalità e la reiterazione nel tempo di essa desumibili non solo *ex ante*, cioè dal titolo del rapporto, ma anche *ex post*, sulla base delle attività concretamente succedutesi nel tempo"⁽⁸⁶⁾. Persino dove la continuità

⁽⁸⁴⁾ Da ultimo, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 19 agosto 2021, n. 23143. Ma l'inconsistente categoria è largamente diffusa sia nella giurisprudenza di legittimità sia in quella di merito.

⁽⁸⁵⁾ Il primo accordo economico collettivo fu sottoscritto il 1° settembre 1934 tra la Confederazione fascista degli industriali, la Confederazione fascista dei commercianti e la Federazione nazionale fascista degli agenti e rappresentanti di commercio, modificato su richiesta del Comitato corporativo centrale *ex art.* 12, co. 1, n. 3, della legge 20 marzo 1930, n. 206, e infine pubblicato con Decreto del Capo del Governo 5 luglio 1935, n. 1203.

⁽⁸⁶⁾ C.M. Barone, *I rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale e di collaborazione in genere*, in V. Andrioli, C.M. Barone, G. Pezzano, A. Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1987², 107-117, e qui 110. Ma per le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali sul requisito della continuità ai fini della determinazione del campo di applicazione dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel testo originario, v. innanzitutto A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, *op. cit.*, 220-222; cui *adde*, per l'indagine sulla giurisprudenza, P. Tesauro, *La nozione di parasubordinazione*, in L. Gaeta - P. Tesauro, *op. cit.*, 143-162, e qui 148-155; nonché L. Menghini, *op. cit.*, 214 s. Sulla continuità nel campo del lavoro autonomo in genere, v. recentemente F. Ferraro, *Continuità e lavoro autonomo*, *Labor*, 2020, n. 5, 583-616.

nel tempo, dunque, è resa elemento strutturale di una fattispecie – che dal campo di applicazione di un rito speciale è divenuta poi fattispecie di diritto sostanziale prima nella prassi dei contraenti e poi negli interventi legislativi che hanno lentamente predisposto forme di tutela per questi rapporti, a partire dall'introduzione di una tutela previdenziale *ad hoc*⁽⁸⁷⁾ -, essa non lo è stata come parte necessaria del programma negoziale, venendo piuttosto misurata nella fase esecutiva dell'obbligazione di lavoro.

Diversa è stata – ma non è qui possibile riprenderla – la vicenda del lavoro a progetto, la cui disciplina era fitta di parole che richiamavano la nozione del tempo. “indipendentemente dal tempo impiegato”, “prestazioni occasionali”, “rapporti di durata” (art. 61 D.Lgs. 276/2003), “indicazione della durata”, “esecuzione, anche temporale” “estensione temporale” (art. 62), “durata del contratto” (art. 66), “termine” (art. 67).

Naturalmente, questo mise ancor più di prima in forte tensione le concezioni tradizionali del lavoro autonomo, come promessa di un *opus*, e dunque di un risultato, indifferente, se non per il termine, alla dimensione temporale della fase preparatoria dell'adempimento⁽⁸⁸⁾.

Peraltro, la disciplina del contratto a progetto comportò numerose questioni di rilievo proprio dal punto di vista sistematico, che qui non si possono neppure sfiorare, ed ebbe, come è stato rilevato, conseguenze notevoli sotto questo profilo sia sulla nozione stessa di subordinazione, (involontariamente?) ampliata dal legislatore⁽⁸⁹⁾, sia sul rapporto tra i due termini che definiscono la fattispecie delle collaborazioni, in quanto – una volta ammessa per la disciplina dell'epoca che le prestazioni occasionali fossero, nella loro esiguità quantitativa, *species* del *genus* delle collaborazioni, come testimoniava l'esclusione altrimenti inutile dalla disciplina del contratto a progetto – “la continuità diventa un attributo dell'attitudine del comportamento solutorio del collaboratore a soddisfare l'interesse del committente”, in quanto il coordinamento avviene anche nella fase preparatoria⁽⁹⁰⁾, onde “l'elemento della continuità perde gran parte della sua valenza qualificatoria vantaggio dell'altro elemento, ossia del coordinamento”⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁷⁾ Art. 2, co. 26, L. 8 agosto 1995, n. 335, che ha istituito presso l'INPS una gestione separata per queste figure.

⁽⁸⁸⁾ Considerazioni in proposito in A. Occhino, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010, 187-199.

⁽⁸⁹⁾ F. Martelloni, *Lavoro coordinato e subordinazione*, Bologna University Press, Bologna, 2012, 209-215.

⁽⁹⁰⁾ Come ha osservato anche M. Marazza, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002, rilevando giustamente che “già nella fase preparatoria all'adempimento [...] il debitore potrebbe risultare inadempiente” (256), e aggiungendo che “la continuità [...] non è affatto una caratteristica peculiare del lavoro subordinato e ben si adatta anche alle prestazioni riconducibili allo schema causale della *locatio operis*” (260), se l'interesse creditorio del committente sia durevole.

⁽⁹¹⁾ V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche*, Cacucci, Bari, 2013, 231.

Su una discussione con pochi punti fermi e molte divergenze in dottrina e in giurisprudenza⁽⁹²⁾, è poi intervenuto due volte il legislatore, dapprima abrogando la disciplina del contratto a progetto, e dunque in sostanza liberalizzando nuovamente il ricorso alle collaborazioni coordinate e continuative (art. 52, D.Lgs. 81/2015), e poi modificando l'art. 409, n. 3, c.p.c., aggiungendo il requisito dell'organizzazione autonoma dell'attività lavorativa, nel rispetto di modalità di coordinamento stabilite di comune accordo tra le parti (art. 15, co. 1, lett. a), legge 81/2017.

Dunque, non è stato il requisito della continuità ad essere investito direttamente dalle modifiche legislative, e si deve dire che esso resta formalmente elemento della fattispecie transtipica contenuta nel codice di rito.

Più contraddittoria è stata la vicenda della modifica della disciplina delle collaborazioni etero-organizzate: introdotte dall'art. 2 del D.Lgs. 81/2015, hanno subito suscitato anch'esse un largo dibattito dottrinale, ma *non* un contenzioso in sede giurisdizionale – almeno, non sino al caso dei ciclofattorini, di cui si dirà, e a differenza delle collaborazioni coordinate e continuative dal cui tronco apparentemente si distaccavano, neanche una pratica sociale: mentre co.co.co. se ne stipulano a centinaia di migliaia ogni anno, evidentemente non esistono contratti in cui si deduca una collaborazione etero-organizzata, giacché il datore di lavoro farebbe prima e si complicherebbe meno la vita se assumesse le persone direttamente come lavoratori subordinati, giacché l'effetto giuridico è il medesimo (non si può entrare qui nella discussa questione dei limiti di compatibilità, ravvivatasi dopo la sentenza di cassazione 1663/2020).

Quando un legislatore intenzionato a rendere applicabile una previsione restata lettera morta, ne ha allargato di molto la porta di accesso, modificando l'art. 2, co. 1, del D.lgs. 81/2015, in particolare sostituendo il carattere prevalentemente personale della prestazione a quello esclusivamente personale, e cancellando il riferimento all'etero-organizzazione “anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro” non si è limitato a un intervento il cui scopo appare evidente, e peraltro coronato da ampio successo perché la modifica legislativa stessa è stata più volte richiamata da Cass. 1663/1960 proprio per inquadrare i riders di Foodora nel campo delle collaborazioni etero-organizzate.

Infatti, l'eterogeneità delle sollecitazioni politiche e la scarsa chiarezza teorica hanno comportato la scelta di introdurre nel D.Lgs. 81/2015, una tutela minimale (artt. 47-bis – 47-octies) per “i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all'articolo 47, comma 2, lettera a), del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, attraverso piattaforme anche digitali” (art. 47-bis, co. 1).

Ma siccome il comma 2 prescrive che “si considerano piattaforme digitali i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che,

⁽⁹²⁾ Rinvio ancora a F. Martelloni, *op. cit.*, per la ricostruzione e i richiami.

indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione”, se ne è dovuto ricavare che all’interno delle collaborazioni etero-organizzate che riguardino lavoratori impegnati nella consegna di beni – prescindiamo ora dall’approssimativa formulazione del campo di applicazione del Capo V-*bis* – vi sia un sottoinsieme costituito da coloro che, pur essendo sempre destinatari di una etero-organizzazione della propria prestazione di lavoro come illustra l’art. 47-*bis*, tuttavia si vedano applicare anziché la tutela del lavoro subordinato quella speciale ivi prescritta: con un unico elemento differenziatore delle rispettive situazioni, costituito dal fatto che per loro non è richiesto il requisito della continuità della prestazione.

Qui la continuità diventa sì un elemento qualificatore della fattispecie (formalmente autonoma), ma non nei confronti del lavoro subordinato, bensì all’interno di questa dubbia figura delle collaborazioni etero-organizzate, e per di più soltanto nei confronti di coloro che esercitino la particolare attività indicata all’art. 47-*bis*, co. 1.

Ci sarebbe di che preoccuparsi⁽⁹³⁾, se non fosse che un rider autonomo è come un unicorno: molti ne hanno parlato, ma nessuno l’ha mai visto.

Onde se ne ricava che oggi, e non da oggi, la continuità non è in se stessa idonea a distinguere il lavoro subordinato da almeno una parte del lavoro autonomo⁽⁹⁴⁾, neppure – secondo l’uso della giurisprudenza peraltro sostenuta dalla dottrina⁽⁹⁵⁾ – come indice sussidiario che sarebbe implicito “nel modello normativo sotteso alla disciplina codicistica del lavoro nell’impresa”⁽⁹⁶⁾, dato che si tratta di “elementi comuni alla subordinazione”⁽⁹⁷⁾: ma al più – e senza qui entrare nel dibattito sulla collocazione sistematica delle collaborazioni etero-organizzate – tra alcune collaborazioni e altre.

E infatti sin dagli anni ‘70 la giurisprudenza di legittimità non ha mancato di rilevarlo, osservando che il carattere continuativo della prestazione non sia un elemento incompatibile con la natura autonoma del rapporto⁽⁹⁸⁾.

Va ricordato che si è sostenuto però che “se il carattere continuativo dell’obbligazione non è elemento sufficiente per qualificare la fattispecie concreta come di lavoro subordinato (potendo sussistere anche nell’ambito del lavoro autonomo), quel

⁽⁹³⁾ Ho espresso una valutazione a caldo sulla nuova legge in M. Barbieri, *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura*, in U. Carabelli - L. Fassina (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, Roma, 2020, 75-95.

⁽⁹⁴⁾ Precisamente, almeno da quella che ha la continuità come elemento *comune* alla subordinazione, per la quale “il dato della «continuità» è idoneo – nella normalità della fenomenologia sociale – a richiamare in causa l’esistenza della subordinazione” (così O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, 323). La tesi della continuità come attributo della subordinazione, peraltro, va presa con le cautele che sono esposte nel testo.

⁽⁹⁵⁾ E. Ghera, *La subordinazione*, *op. cit.*, 629 s., 638.

⁽⁹⁶⁾ *Ivi*, 629.

⁽⁹⁷⁾ O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2019, 94.

⁽⁹⁸⁾ Cass. 28 giugno 1978, n. 3222.

carattere è tuttavia requisito necessario, potendo, in sua assenza, qualificarsi senz'altro la prestazione come di lavoro autonomo"⁽⁹⁹⁾.

Si può osservare in contrario che questa idea appare dipendente dall'altra dello stesso autore, per la quale la prestazione di lavoro subordinato deve essere "collocata e collocabile nello spazio e nel tempo in modo tale da consentire la sua coordinabilità organizzativa"⁽¹⁰⁰⁾: tuttavia, l'evoluzione organizzativa e tecnologica dell'impresa appare oggi, contro le previsioni dalla tesi qui criticata¹⁰¹ appare proprio aver sfumato se non dissolto la necessità di uno stringente coordinamento spazio-temporale del comportamento solutorio del debitore della prestazione con l'organizzazione d'impresa⁽¹⁰²⁾, giacché la flessibilità di quest'ultima appare idonea a utilizzare la prestazione, resa anche in difetto del coordinamento stesso, come pare mostrare oggi la pur criticabile disciplina del lavoro agile⁽¹⁰³⁾, soddisfacendo ugualmente l'interesse creditorio.

E ancora, già nella discussione degli anni '80 e '90 emerse sia la critica alla ricostruzione giurisprudenziale della subordinazione attraverso gli indici, rinvenuti nell'analisi fattuale, con l'ovvia controindicazione che uno stesso comportamento, ben potendo costituire alternativamente manifestazione dell'assenza di un vincolo di subordinazione o inadempimento dell'obbligazione di lavoro subordinato ove ritenuta sussistente, sia di nuovo la considerazione della "configurabilità del lavoro subordinato occasionale, di breve o brevissima durata"⁽¹⁰⁴⁾.

In effetti, i due elementi che erano assunti per affermare il rilievo qualificatorio del tempo erano "l'indispensabile e penetrante *coordinamento (spazio) temporale rispetto all'organizzazione aziendale*" e "il diverso profilo della *durata e/o continuità della prestazione*"⁽¹⁰⁵⁾. Cioè era chiaro sin da allora che l'elemento della continuità si presentava

⁽⁹⁹⁾ R. Pessi, *Contributo*, *op. cit.*, 63.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ivi*, 58.

⁽¹⁰¹⁾ Secondo cui tale caratterizzazione "sembra resistere anche al processo di trasformazione tecnologica" (*ibidem*). Ma v., *ivi*, le considerazioni sul "coordinamento dei fattori produttivi che prescinde, del tutto, dalla loro contiguità spaziale e dalla loro proficua misurabilità in termini temporali" (220). Esula invece dall'oggetto di questo saggio l'altra conseguenza che lo stesso A. fa derivare, in tema di retribuzione, dalla propria adesione alla tesi di Ichino sull'illimitata divisibilità temporale della prestazione di lavoro subordinato (*ivi*, 157-159). Per l'affermazione di questa tesi, v. P. Ichino, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989, 50 ss., che la argomenta con la distinzione delle obbligazioni che abbiano per oggetto un'attività da quelle che abbiano ad oggetto una o una serie di opere, e di cui dunque non è predicabile un adempimento parziale o lo è nei limiti dell'indivisibilità dell'opera o del servizio promessi.

⁽¹⁰²⁾ Che era in verità rilievo già formulato da R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 27 s., il quale osservò che tale criterio era stato già "messo a dura prova dal confronto con il lavoro a domicilio", e ancor più a confronto con il "caso limite del lavoro informatico e telematico". A ragione F. Martelloni, *op. cit.*, ha notato che "nel lavoro subordinato l'elemento della continuità della presta finisce per coincidere con il coordinamento spazio-temporale della stessa" (87).

⁽¹⁰³⁾ Ma si potrebbe già vedere la risalente discussione sul telelavoro, su cui v. per tutti L. Nogler, *Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro*, QDLRI, *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, Utet, Torino, 1998, 101-139.

⁽¹⁰⁴⁾ P. Ichino, *Subordinazione e autonomia*, *op. cit.*, 49.

⁽¹⁰⁵⁾ R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 26.

con un volto verso la struttura dell'obbligazione, e l'altro verso la fase esecutiva, a proposito della quale ultima si rilevava che se ne potessero predicare tre accezioni differenti, la prima intesa a osservare che la dedizione del lavoratore si distendesse “per un congruo periodo di tempo”, la seconda che invece bastasse uno “stabile e sistematico inserimento nell'organizzazione tecnico-produttiva dell'imprenditore”, e l'ultima che fosse invece sufficiente “una continuità non dell'attività lavorativa, ma del processo solutorio”⁽¹⁰⁶⁾: il che portava ad affermare già trentasei anni fa che “la stessa varietà di posizioni ad evidenziare quanto poco affidante sia, al di là di ipotesi molto semplificate, il valore sintomatico e differenziatore della durata e/o della continuità dell'apporto lavorativo (o del relativo impegno)”.

Del resto, più di trenta anni fa Luca Nogler osservava già – in un quadro teorico che si può condividere o meno, qui non rileva – a proposito dei *pony express* che “l'elemento della continuità è irrilevante ai fini della decisione sulla natura subordinata del rapporto dato che è ininfluente, per il datore di lavoro, ai fini dell'etero-organizzazione della prestazione lavorativa”⁽¹⁰⁷⁾.

E questa opinione ha avuto un seguito importante nella giurisprudenza che ha rilevato come “l'elemento della continuità non è indispensabile per caratterizzare la natura subordinata del rapporto di lavoro, potendo le parti concordare una modalità di svolgimento della prestazione che si articoli secondo le richieste o le disponibilità di ciascuna di esse, come previsto nella fattispecie del contratto di lavoro cd a chiamata o intermittente, o anche di part time verticale [...] invero il concetto di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. non postula necessariamente una continuità giornaliera della prestazione lavorativa, potendo le parti esprimere una volontà, anche con comportamenti di fatto concludenti, di svolgimento del rapporto con modalità che prevedano una prestazione scadenzata con tempi alternati o diversamente articolati rispetto alla prestazione giornaliera o anche con messa in disponibilità del lavoratore a richiesta del datore di lavoro”⁽¹⁰⁸⁾.

Peraltro, si deve segnalare che la tendenza reale del mercato del lavoro in Italia è quella dell'espansione delle forme più precarie di occupazione: pur avendo a disposizione una molteplicità di forme giuridiche entro le quali inquadrare le prestazioni di lavoro che siano loro necessarie – basterà qui ricordare ai fini di cui si tratta il lavoro occasionale e il lavoro intermittente – le imprese più sovente adoperano la forma classica del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato; orbene, al di là delle oscillazioni quantitative del ricorso ai contratti a termine, negli ultimi quattro trimestri in Italia i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato della durata di *un solo giorno* sono stati l'11,4%, 9,9%, 13,3% e 9,2% del totale dei nuovi contratti di lavoro

⁽¹⁰⁶⁾ R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 26 s.

⁽¹⁰⁷⁾ L. Nogler, *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, DLRI, 1991, 107-156, e qui 138.

⁽¹⁰⁸⁾ Cass. 3 ottobre 2017, n. 23056.

subordinato a tempo determinato dei rispettivi periodi di riferimento⁽¹⁰⁹⁾. Insomma, una quota minoritaria ma non trascurabile dei nuovi contratti di lavoro subordinato stipulati in Italia hanno una durata così breve che non si concilia affatto con l'idea che la durata della prestazione, ovvero la continuità, siano elementi strutturali della fattispecie lavoro subordinato, a meno che non se ne adotti la definizione di Ichino di cui si è già parlato e che si è già criticata.

4. Subordinazione e predeterminazione negoziale della durata e della collocazione oraria della prestazione

Un altro luogo di emersione del tempo come elemento rilevante nei processi qualificatori dei rapporti di lavoro è la predeterminazione negoziale sia della durata sia della collocazione temporale della prestazione – giorno, settimana, mese e anno, come dice oggi l'art. 5, co. 2, D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, a proposito del lavoro a tempo parziale.

Già Barassi aveva osservato che “la prestazione deve essere fatta entro il limite di tempo contrattualmente stabilito”⁽¹¹⁰⁾: dunque, come ha osservato Carlo Cester, “come strumento di definizione dell'oggetto del contratto”⁽¹¹¹⁾. Anzi, già nella prima e più ridotta edizione del suo lavoro, Barassi aveva seccamente affermato: “il lavoro deve essere anche determinato nella quantità. La determinazione può essere rimessa dalle parti a una di esse: per lo più al creditore delle opere”⁽¹¹²⁾. È interessante che l'autonomia contrattuale delle parti fosse a suo giudizio legittimata a rinviare la determinazione del *quantum* della prestazione anche al lavoratore, sebbene appaia improbabile che questa nella situazione storico-sociale dell'epoca sia mai concretamente avvenuto. Infatti, lo stesso Barassi poi riconosce che “la lunghezza del periodo di lavoro in numero di ore consecutive è rilasciata alla privata autonomia: in pratica è perciò determinata dalla prevalente volontà dei capi di aziende”⁽¹¹³⁾.

Di grande interesse, a mio giudizio, è che già la giurisprudenza precedente il Codice del 1942, abbia riconosciuto che la predeterminazione, nella fase di fissazione del programma negoziale, dell'orario non fosse necessaria a integrare il concetto di subordinazione, la quale ultima non era preclusa “dalla mancanza di un orario rigoroso di lavoro”, nel senso di “prestazione senza orario determinato”⁽¹¹⁴⁾. In tal senso si può richiamare pure la sentenza di merito che ha affermato che occorra per la congiurazione

⁽¹⁰⁹⁾ Fonti: Ministero del Lavoro, Istat, Inps, Inail, Anpal, *Nota trimestrale sulle tendenze dell'occupazione*, trimestri dal II/2021 al I/2022.

⁽¹¹⁰⁾ L. Barassi, *op. cit.*, vol. II, 471.

⁽¹¹¹⁾ C. Cester, *Contratto di lavoro e tempo di lavoro*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, *op. cit.*, 513-523, e qui 514.

⁽¹¹²⁾ L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1901, poi in ristampa anastatica a cura di M. Napoli, Vita&Pensiero, Milano, 2003, 295.

⁽¹¹³⁾ L. Barassi, *op. cit.*, vol. II, 476.

⁽¹¹⁴⁾ Cass. 22 aprile 1938, *DL*, 1938, II, 266-269, e qui 268.

del rapporto d'impiego la continuità, ma nel senso della disponibilità della prestazione in relazione alle mansioni “e non che tali mansioni il lavoratore] espletati in determinate giorni della settimana e in determinate ore del giorno preventivamente fissate”⁽¹¹⁵⁾.

A fronte di questo orientamento giurisprudenziale, in sede di commento dell'allora nuovo art. 2094 c.c., la dottrina osservò che “la subordinazione non importa sempre un rigoroso e continuo controllo sul prestatore d'opera: infatti, né il compenso a cottimo, né la prestazione di lavoro senza orario determinato⁽¹¹⁶⁾, né il fatto del collaudo del lavoro compiuto valgono di per sé soli a escludere l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato”⁽¹¹⁷⁾.

Dunque, la mancanza della predeterminazione della collocazione oraria e persino dell'indicazione del *quantum* non apparivano all'epoca – giustamente, come si proverà ad argomentare – incompatibili con la qualificazione del rapporto di lavoro in termini di subordinazione.

Come si vedrà per alcuni aspetti nei paragrafi successivi, la giurisprudenza postcodicistica, sino ad oggi, ha invece sovente segnato un notevole regresso ermeneutico, spesso pretendendo proprio di connotare causalmente il lavoro subordinato attraverso la pretesa necessità della predeterminazione dell'entità temporale della prestazione dedotta in obbligazione e della sua collocazione oraria: ma sempre con modestia di argomentazione: per esempio, argomentando per la qualificazione di un rapporto come subordinato sulla base della predeterminazione di un orario – nel caso, un orario di insegnamento – e affermando che “proprio la *faciendi necessitas* è un connotato della subordinazione”⁽¹¹⁸⁾.

Tuttavia, poiché la realtà è sovente più forte degli schemi, la giurisprudenza si è trovata ad affrontare dei casi particolari, da cui ha ricavato conclusioni interessanti per il tema che qui si tratta. In particolare, va ricordata qui la figura del collaboratore disciplinata dai contratti nazionali di lavoro dei giornalisti⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁵⁾ App. Bari, 19 luglio 1940, in *Corte Bari*, 1940, 185 (s.m.).

⁽¹¹⁶⁾ Corsivo mio.

⁽¹¹⁷⁾ L. Riva Sanseverino, sub art. 2094, in A. Scialoja (a cura di), *Commentario del Codice civile, Libro Quinto. Del Lavoro. Art. 2060-2246*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, 1943, 173-181, e qui 177.

⁽¹¹⁸⁾ Cass. 16 maggio 2013, n. 11930.

⁽¹¹⁹⁾ Attualmente, art. 3 contratto collettivo per la regolamentazione dei rapporti di lavoro di natura giornalistica nelle testate periodiche di informazione a diffusione locale e nelle testate on line prevalentemente locali, stipulato il 30 giugno 2021 tra FNSI, ANSO e FISC, lo descrive come “il giornalista che, di norma, presta la sua opera all'esterno della redazione, non è tenuto a una prestazione di lavoro quotidiana e non è vincolato all'osservanza di turni e di orari di lavoro”. Analogamente l'art. 2 del CNLG FIEG-FNSI del 24 giugno 2014 definisce collaboratori fissi i “giornalisti addetti ai quotidiani, alle agenzie di informazioni quotidiane per la stampa, ai periodici, alle emittenti radiotelevisive private e agli uffici stampa comunque collegati ad aziende editoriali, che non diano opera giornalistica quotidiana purché sussistano continuità di prestazione, vincolo di dipendenza e responsabilità di un servizio”. Al comma successivo, la continuità della prestazione è riconosciuta “allorquando il collaboratore fisso, pur non dando opera quotidiana, assicuri, in conformità del mandato, una prestazione non occasionale, rivolta a soddisfare le esigenze formative o informative riguardanti uno specifico settore di sua competenza”. In tema si vedano le considerazioni di L. Nogler, *Metodo e casistica, op. cit.*, 146-149, nonché

Orbene, questa figura tipica del settore è stata pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza come titolare di un rapporto di lavoro subordinato⁽¹²⁰⁾, sebbene sia del tutto chiaro anche in legittimità che “il prestatore goda di una certa libertà di movimento e non sia obbligato al rispetto di un orario predeterminato o alla quotidiana permanenza sul luogo di lavoro”⁽¹²¹⁾.

Indubbiamente, si potrebbe osservare che questa figura è prevista da una disciplina non solo contrattuale-collettiva ma anche legale specifica, giacché il D.P.R. 16 gennaio 1961, n. 153, recependo *ex* L. 741/1959 il contratto collettivo del 10 gennaio 1959⁽¹²²⁾, le ha dato veste legale: ma va ricordato che a questo proposito la giurisprudenza ha precisato che la disposizione contrattuale, compresa quella recepita nel D.P.R. 153/1961, “non innova né sostituisce nell’ordinamento una nozione del lavoratore subordinato diversa da quella già nota”, e ha quindi carattere “integrativo (e non già alternativo o sostitutivo)” della previsione dell’art. 2094 c.c.⁽¹²³⁾: e dunque, essendo una figura disciplinata dall’art. 2094 c.c., i ragionamenti giurisprudenziali che abbiamo ricordato paiono assumere un valore generale nella ricostruzione della fattispecie.

Non pare dunque azzardato - e neppure particolarmente innovativo - ritenere che non escluda la subordinazione né la mancata indicazione nel programma negoziale del *quantum* della prestazione, né quella della sua collocazione oraria.

Del resto, ricostruendo il caso particolare costituito dal lavoro a domicilio – il cui interesse è tornato prepotente nella faticosa recente combinazione tra disciplina del lavoro agile e normativa conseguente all’emergenza pandemica – si era già osservato decenni fa che “se la continuità deve esprimere la disponibilità funzionale del prestatore di lavoro all’impresa altrui, non risiederà di certo nella predisposizione di un preciso orario di lavoro”⁽¹²⁴⁾.

5. L’esempio del lavoro intermittente

Tuttavia, l’inquadramento sistematico del rilievo del tempo – nella duplice funzione della predeterminazione del *quantum* della prestazione e della sua collocazione

di M. Pallini, *Il rapporto di lavoro giornalistico: uno smart working ante litteram*, in *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, Cacucci, Bari, 2021, 1779-1807, specie 1784-1789.

⁽¹²⁰⁾ Cass. 16 maggio 2011, n. 6727; Cass. 21 gennaio 1987, n. 552.

⁽¹²¹⁾ Cass. 9 gennaio 2014, n. 290, in *Law. giur.* 2014, 406. E negli stessi termini v. già Cass. 12 ottobre 2012, n. 17412; Cass. 2 aprile 2009, n. 8068; Cass. 7 settembre 2006, n. 19231; Cass. 17 agosto 2004, n. 16038.

⁽¹²²⁾ In particolare, l’art. 2 del contratto allegato al D.P.R. 153/1961 prevede che “le norme del presente contratto si applicano anche ai giornalisti professionisti addetti ai quotidiani ed alle agenzie di informazioni quotidiane per la stampa che non diano opera giornalistica quotidiana, purché sussistano continuità di prestazione, vincolo di dipendenza e responsabilità di un servizio”.

⁽¹²³⁾ Cass. 8 febbraio 1988, n. 1351. *Contra* M. Pallini, *op. cit.*

⁽¹²⁴⁾ L. Nogler, *Metodo e casistica, op. cit.*, 145.

oraria – non può non confrontarsi con le discipline legislative successivamente introdotte dal legislatore.

Il caso forse più significativo in questo senso è quello del lavoro intermittente, introdotto con gli artt. 33-40 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, e attualmente disciplinato dagli artt. 13-18 del D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

Tuttavia, al di là delle differenze esistenti tra le diverse discipline legislative, la costruzione della fattispecie è la stessa: “il contratto di lavoro intermittente è il contratto mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa nei limiti di cui all’articolo 34” (art. 33, co. 1, D.Lgs. 276/2003), e “il contratto di lavoro intermittente è il contratto, anche a tempo determinato, mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa in modo discontinuo o intermittente secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi, anche con riferimento alla possibilità di svolgere le prestazioni in periodi predeterminati nell’arco della settimana, del mese o dell’anno” (art. 13, co. 1, D.lgs 81/2015).

Dunque, guardato dal punto di vista dell’oggetto del contratto, questo contratto - cui non si disconosce la qualificazione di sottotipo del lavoro subordinato⁽¹²⁵⁾ - contiene la singolarità di uno scambio che, nella fattispecie generale (diverso è il caso particolare in cui si sia promesso di rispondere alla chiamata e si sia perciò maturato il diritto all’indennità di disponibilità (art. 13, co. 4, D.Lgs. 81/2015), vede offerta una sia pur generica disponibilità, in cambio di nulla, onde la funzione del contratto di lavoro intermittente può essere individuata nell’eliminazione dei costi di transazione⁽¹²⁶⁾, e nell’aggiramento dei pur variabili limiti posti dal legislatore all’apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato, anche per effetto della Direttiva 1999/70/CE.

La dottrina ha infatti trovato non poche difficoltà ad inquadrare sistematicamente l’istituto, arrivando persino a dubitare che si trattasse di un vero contratto di lavoro subordinato, dato che ha come oggetto la sola disponibilità a lavorare, e nei limiti in cui si riconosca che abbia questo oggetto, visto che la promessa della disponibilità in senso stretto si ha solo attraverso la stipulazione di una apposita

⁽¹²⁵⁾ Cass. 15 settembre 2021, n. 24951, ha affermato che “esso rientra pur sempre nell’ambito del lavoro subordinato”. Cass. 30 novembre 2017, n. 28797, ha rilevato che “l’instaurazione di un rapporto di lavoro intermittente [...] è senz’altro riconducibile all’assunzione di impiego alle dipendenze di terzi”. Apparentemente *contra*, ma in un *obiter dictum*, Cass. 6 settembre 2007, n. 18692, ha ricordato i “rigorosi requisiti formali per le tipologie contrattuali, anche connotate dall’autonomia, diverse dal rapporto di lavoro subordinato”, elencando fra queste il lavoro intermittente: ma tenuto conto dell’“anche” può darsi che la Corte intendesse riferirsi al lavoro subordinato c.d. standard.

⁽¹²⁶⁾ Ovvero, come ha osservato V. Pinto, *Lavoro intermittente (Definizione e casi di ricorso al lavoro intermittente, commenti agli artt. 13 e 14, d. lgs. n. 81/2015)*, in R. Del Punta - F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, IPSOA, Milano, 2753 – 2761, e qui 2754, “il contratto di lavoro intermittente sia una particolare specie di contratto di lavoro subordinato caratterizzato dall’assenza di qualsivoglia predeterminazione dell’impegno orario del lavoratore (il quale, pertanto, sarebbe ‘a disposizione’ del datore di lavoro in senso molto lato) e per la **promessa di questi di lavorare nel tempo e per il tempo** che saranno via via stabiliti nel corso di esecuzione del rapporto (congiuntamente dalle stesse parti o, in caso di sottoscrizione del patto di disponibilità, unilateralmente dal datore di lavoro)”.

clausola che determina obbligo di risposta positiva e fa sorgere il diritto all'indennità di disponibilità, che in via generale sono effetti estranei alla fattispecie.

Ebbene, poiché nel lavoro intermittente – al di là dei requisiti soggettivi dal lato del lavoro – sono richiesti anche requisiti oggettivi, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che tra questi ultimi vi deve essere proprio “il carattere discontinuo o intermittente della prestazione lavorativa”⁽¹²⁷⁾, come del resto risultava inequivocabile dalla disposizione dell'art. 34, co. 1, D.Lgs. 276/2003 prima, e dal richiamato art. 13, co. 1, D.Lgs. 81/2015 oggi.

Dunque, abbiamo almeno un contratto di lavoro subordinato nel quale la continuità non è un requisito della subordinazione, ma, al contrario, non può essere presente: a differenza della predeterminazione della collocazione nel tempo della prestazione, la quale sin dall'art. 37 D.Lgs. 276/2003⁽¹²⁸⁾ non solo è possibile, ma nella previsione legislativa originaria addirittura determinava, con una previsione davvero singolare, la perdita del diritto all'indennità di disponibilità se fosse stato predeterminato il periodo della possibile chiamata “per prestazioni da rendersi il fine settimana, nonché nei periodi delle ferie estive o delle vacanze natalizie e pasquali” – e sin qui, al di là dell'imprecisione della delimitazione delle ipotesi, si può comprendere che si intendesse dire che in questi casi la libertà del lavoratore di disporre del proprio tempo subiva una limitazione minore, proprio per effetto della predeterminazione; e però aggiungendo che l'indennità di disponibilità in questi casi sarebbe stata corrisposta “solo in caso di effettiva chiamata da parte del datore di lavoro”: quindi il tempo (della disponibilità promessa) avrebbe avuto un valore *se in un altro tempo* fosse stata effettivamente erogata la prestazione, e non ne avrebbe avuto se quell'altro tempo non ci fosse stato: con una palese deformazione del sinallagma.

6. Il tempo come argomento nella giurisprudenza sulle controversie dei ciclofattorini

Un altro caso che occorre esaminare ai fini della discussione che qui si conduce è quello dei ciclofattorini, e più in generale dei lavoratori su piattaforma, che è un caso di portata mondiale, di cui peraltro si sono occupate le Corti supreme di diversi Paesi

⁽¹²⁷⁾ Cass. 11 dicembre 2020, n. 28345.

⁽¹²⁸⁾ Oggi nell'art. 13, co. 1, D. Lgs. 81/2015 anch'essa. V. al proposito Trib. Roma, 28 ottobre 2020, n. 6856.

europei⁽¹²⁹⁾, nonché la Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁽¹³⁰⁾ e si sta occupando il legislatore europeo⁽¹³¹⁾.

Su questo esiste un dibattito sterminato sia a livello internazionale sia nella dottrina italiana, di cui in questa sede si potrà tenere in considerazione solo la parte più strettamente attinente al tempo come elemento rilevante o meno della qualificazione giuridica del rapporto come subordinato o autonomo⁽¹³²⁾.

Qui la giurisprudenza italiana ha molto oscillato: dalle iniziali posizioni di rifiuto di considerare i ciclofattorini subordinati o anche solo collaboratori etero-organizzati, argomentate da Trib. Torino 7 maggio 1978 e Trib. Milano 10 settembre 2018, siamo passati alla soluzione compromissoria adottata dalla Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, non investita affatto dalla questione di una possibile qualificazione in termini di lavoro subordinato per non aver insistito i ricorrenti su questo capo della domanda, sino alle più recenti e condivisibili sentenze di Trib. Palermo 24 novembre 2020, Trib. Torino 18 novembre 2021 e Trib. Milano 20 aprile 2022, ricche di argomentazioni e riferimenti comparati.

Per quanto attiene strettamente al tema di questo saggio, la posizione negativa è stata argomentata con un argomento estraneo alla rilevanza qualificatoria diretta del tempo, anche se non alle argomentazioni svolte *supra*: Trib. Milano 10 settembre 2018 ha fondato la sua posizione sulla base del fatto che “il ricorrente era libero di decidere se e quando lavorare: in fase di prenotazione degli slot, infatti, egli non aveva vincoli di sorta nella determinazione dell'*an*, del quando e del *quantum* della prestazione. Tale elemento rappresenta un fattore essenziale dell'autonomia organizzativa, che si traduce nella libertà di stabilire la quantità e la collocazione temporale della prestazione lavorativa, i giorni di lavoro e quelli di riposo e il loro numero. Si tratta, ad avviso di questo giudice, di un elemento incompatibile con il vincolo della subordinazione”; e analogamente Trib. Torino 7 maggio 2018 ha ritenuto che “è evidente che se il datore di lavoro non può pretendere dal lavoratore lo svolgimento della prestazione lavorativa non può neppure esercitare il potere direttivo e organizzativo”: ma si è visto come questa sia una esegesi non corretta dell'art. 2094 c.c.

La Cassazione invece ha ricondotto alla fattispecie delle collaborazioni etero-organizzate le dedotte situazioni dei ciclofattorini, traendo dall'art. 2 D.lgs. 81/2015 la necessità della continuità del rapporto, e ha pure osservato che “le modalità spaziotemporalmente di svolgimento della prestazione lavorativa sono, nell'attualità della

⁽¹²⁹⁾ A mo' di esempio, per la Spagna Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, 25 settembre 2020, n. 805, per la Francia Cour de Cassation, 28 novembre 2018, n. 1737.

⁽¹³⁰⁾ CGUE, 10 aprile 2018, C-320/16, *Uber France*; CGUE 20 dicembre 2017, C-434/15, *Elite Taxi*.

⁽¹³¹⁾ Con la Proposta di Direttiva COM(2021) 762 del 9 dicembre 2021, attualmente in discussione.

⁽¹³²⁾ Sarà permesso sulla questione rinviare a M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, LLI, 2019, n. 2, 1-56, ove rinvii di dottrina e di giurisprudenza.

rivoluzione informatica, sempre meno significative anche al fine di rappresentare un reale fattore discretivo tra l'area della autonomia e quella della subordinazione”⁽¹³³⁾.

Infine, tra coloro che hanno invece qualificato il rapporto come subordinato, secondo una linea di riflessione che chi scrive ha praticato inizialmente in isolamento nella dottrina italiana, Trib. Palermo 24 novembre 2020¹³⁴ ha ritenuto le due sentenze negative per i ricorrenti responsabili di aver omesso di valutare “l'altro segmento, quello della fase esecutiva della prestazione”, che nel caso oggetto di giudizio presentava una “modalità di prestazione continuativa e prolungata nel tempo”, mentre la “libertà del rider [...] di scegliere se e quando lavorare, su cui si fonda la natura autonoma della prestazione [...] non è reale”: ma trascurando che se anche lo fosse non precluderebbe affatto la qualificazione come lavoro subordinato; Trib. Torino 18 novembre 2021 ha riportato il tempo al centro della propria ricostruzione, affermando che “il tempo di lavoro non dipendeva dalla libera determinazione del rider, ma anche che vi era un tempo variabile, ma consistente, in cui il rider per poter lavorare doveva mettere le proprie energie lavorative a disposizione del datore di lavoro, senza ricevere peraltro in cambio alcun compenso, e che tale disponibilità era resa obbligatoria dal funzionamento della piattaforma digitale”, onde era la piattaforma “ad organizzare il tempo di lavoro dei riders e ad obbligarli altresì a mettere a disposizione della medesima anche del tempo non retribuito, che dovrebbe invece essere considerato tempo lavorato e, quindi, retribuito”, secondo una tesi dottrinale di cui si parlerà nelle conclusioni. Inoltre, anche il carattere ridotto dell'orario impegnato a giudice di questo secondo giudice torinese non preclude la continuità del rapporto. In ogni caso, secondo Trib. Torino 18 novembre 2021 “ciò che davvero differenzia le due fattispecie - l'articolo 2094 c.c. e l'articolo 2 del D.L.vo n. 81/2015 - non è l'etero-direzione contrapposta all'etero-organizzazione, ma la ‘dipendenza’ (intesa quale messa a disposizione da parte del lavoratore in favore dell'impresa del proprio tempo e delle proprie energie), tratto essenziale della subordinazione e non delle collaborazioni di cui all'art. 2 cit.”. Infine, Trib. Milano 20 aprile 2022, oltre a dubitare anch'egli dell'effettiva libertà dei rider sulla base del modello organizzativo fondato su turni e lavoro sulla base della valutazione dei comportamenti, ha molto rigorosamente affermato, con ampio supporto di giurisprudenza di legittimità, che “la facoltà di rifiutare la singola prestazione non integri affatto un elemento di incompatibilità rispetto alla subordinazione. Ciò, sia perché il lavoro subordinato può afferire ad una singola prestazione (si pensi al lavoro agricolo *a giornata*, secondo le disponibilità del lavoratore, oppure al lavoro *a chiamata*, che resta comunque una forma speciale di lavoro subordinato); sia perché, come chiarito a più riprese in giurisprudenza, ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro subordinato,

⁽¹³³⁾ Sulla sentenza Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, sarà consentito il rinvio a *Brevi note integrative: l'attesa sentenza della Cassazione sul caso dei riders di Foodora*, in U. Carabelli - L. Fassina (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, Roma, 2020, 95-105.

⁽¹³⁴⁾ Su cui si consenta il rinvio a M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *q. Riv.*, 2020, n. 2, R.63-R.92.

non presenta significato determinante la circostanza che il collaboratore sia libero o meno di accettare se svolgere la prestazione trattandosi di elemento non rilevante per la natura del rapporto”, e soprattutto che “La scelta del lavoratore di accettare o meno l’offerta è un elemento *esterno* al contenuto del rapporto, idoneo a incidere, quindi, sulla sua costituzione e sulla sua durata, ma non sulla forma e sul contenuto della prestazione: la continuità del rapporto (che esiste e rimane in forza dell’accordo tra le parti) non esclude che vi possa essere discontinuità della prestazione. E poiché la subordinazione è limitata al rapporto effettivamente svoltosi, resta irrilevante il fatto che nel caso in esame il lavoratore fosse libero di accettare o non accettare l’offerta”: non si sarebbe potuto dir meglio, alla luce di quanto si è discusso *supra*.

Questa brevissima rassegna sull’applicazione delle controverse argomentazioni che ho provato a riassumere, fatta in un caso di grande rilievo sociale, se da un lato mostra la profonda differenza di orientamenti presenti nella giurisprudenza, dall’altro induce a considerare quanto possa forse essere utile una discussione condotta in profondità sul quadro teorico che ispira le operazioni ermeneutiche in questo campo, e dunque quanto sia opportuno che la dottrina torni a discutere del tema del tempo nella struttura del rapporto di lavoro.

Eppure, alle sentenze ricordate sarebbe bastato consultare la giurisprudenza di legittimità precedente, per accorgersi che la facoltà di rifiutare le singole prestazioni richieste dal datore di lavoro, che “potrebbe avere un valore fortemente indiziario della natura autonoma della prestazione”, tuttavia non appare decisiva per escludere la qualificazione come lavoro subordinato giacché “anche il dipendente può rifiutare una prestazione perché non di sua competenza o per altre apprezzabili ragioni”⁽¹³⁵⁾.

Qui, peraltro, ritorna fondamentale la questione dell’oggetto dell’obbligazione lavorativa, cui si è fatto cenno *supra*: se fosse, come ricordato, un comportamento attivo del prestatore che viene promesso, ci sarebbero difficoltà rilevanti a inquadrare non solo il lavoro intermittente, come si è già visto, ma anche il contratto di lavoro che sottoscrivono i ciclofattorini, a eccezione naturalmente delle piattaforme che li assumano quali lavoratori subordinati. Infatti, qui nella maggioranza dei casi il contratto prevede un obbligo del ciclofattorino di porsi a disposizione, sia pure con più (nel modello organizzativo del *free login*) o meno (nei modelli organizzativi precedenti, che prevedevano la predeterminazione settimanale di turni⁽¹³⁶⁾) libertà nei tempi. Che tale obbligazione sussista non pare dubbio, giacché l’intera vicenda – con le controversie sviluppatesi in tutto il mondo – ha chiarito che qualora il lavoratore obbligato non si colleghi mai, si realizza un inadempimento che viene rilevato dal datore/committente –

⁽¹³⁵⁾ Cass. 12 ottobre 2012, n. 17412.

⁽¹³⁶⁾ Nonché talvolta, come ha ricordato E. Gramano, *La nozione di “lavoratore subordinato” alla prova della gig-economy*, in www.lavoroeconomiaidigitale.it/pdf/papers/02/03/1.Gramano.pdf, l’obbligo del ciclofattorino di garantire un minimo di disponibilità in termini di ore e di prestazioni effettive, traendone “un altro tassello sulla strada verso la subordinazione”.

qui non interessa sciogliere l'alternativa – e sanzionato attraverso la disconnessione dal sistema.

Qui, insomma, a differenza del lavoro intermittente, il prestatore assume un vincolo che resta imprecisato nel *quantum* e nel *quando* – rispetto al quale dunque il tempo non assume rilievo – e tuttavia tanto sussistente da determinare lo scioglimento unilaterale del rapporto in caso di inadempimento.

Come qualificare dunque la disponibilità che il lavoratore si è impegnato a fornire? Qui può soccorrere la tesi dottrinale per la quale “vanno ricondotte ad un concetto ampio di prestazione di fare [...] anche le prestazioni di lavoro che sul piano naturalistico potrebbero far pensare ad una inattività, ma che sono giuridicamente rilevanti secondo la valutazione delle parti in quanto condotta attiva”⁽¹³⁷⁾.

E in effetti, la giurisprudenza italiana – che appare, con le eccezioni di cui si parlerà, la più restia d'Europa ad accogliere la qualificazione dei ciclofattorini e motofattorini come lavoratori subordinati, in piena difformità dalle opzioni di politica del diritto che appaiono concretarsi nella Proposta di Direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali⁽¹³⁸⁾ - ha adoperato come elemento qualificatorio “un elemento diverso dalla eterodirezione” (che è impossibile negare ci sia nella realtà), cioè “il fatto che i *riders* non avessero l'obbligo di effettuare la prestazione lavorativa e che il datore di lavoro non avesse l'obbligo di riceverla”⁽¹³⁹⁾.

7. Conclusione: il tempo come elemento irrilevante nella qualificazione del rapporto

Il senso del percorso argomentativo sin qui proposto sta nella necessità di correggere, come si è appena iniziato a fare in dottrina e in giurisprudenza, l'insieme delle consuetudini interpretative che si sono incrostate attorno all'art. 2094 c.c.⁽¹⁴⁰⁾, ma che con il testo dello stesso e il suo effettivo significato nell'ambito dello sviluppo storico del diritto del lavoro ben poco hanno a che fare.

Come si è visto, in realtà né la predefinizione all'interno del programma negoziale del *quantum* dell'obbligazione lavorativa in termini di debito temporale, né la

⁽¹³⁷⁾ S. Magrini, *op. cit.*, 377 nt. 43. Ma v. già, molto nettamente, G. Giugni, *Mansioni e qualifica*, *op. cit.*, 14.

⁽¹³⁸⁾ COM(2021) 762 del 9 dicembre 2021, attualmente in discussione negli organi dell'Unione, sulla quale v. M. Barbieri, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, *LLI*, 2021, n. 2, C.3-C.20.

⁽¹³⁹⁾ Così M. Del Conte - O. Razzolini, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, *DLRI*, 2018, 673-682 e qui 678, commentando la sentenza di primo grado del caso Foodora (Trib. Torino 7 maggio 2018).

⁽¹⁴⁰⁾ Il più articolato tentativo di questo secolo di ridurre la subordinazione all'eterodirezione, non a caso svalutando poi il carattere tipico del lavoro subordinato nell'impresa, è in U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, *DLRI*, 2004, 1-99, e specialmente 17 ss., 24 ss.

predefinizione della collocazione temporale delle prestazioni che saranno erogate nella fase esecutiva dell'obbligazione, né la continuità della stessa sono elementi necessari della fattispecie. Per quanto riguarda quest'ultima, a quanto già osservato nel par. 2 vorrei conclusivamente aggiungere che, come si è detto, ne esistono due concezioni.

La prima, di natura empirica e di frequente uso in giurisprudenza, considera dotata di continuità – e quindi munita di un indice indiziario della sussistenza della subordinazione, utile “quando l'elemento dell'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile a causa della peculiarità delle mansioni (e, in particolare, della loro natura intellettuale o professionale) e del relativo atteggiarsi del rapporto”⁽¹⁴¹⁾: ma appare palesemente incompatibile con l'inesistenza di una durata minima del rapporto di lavoro subordinato.

Del resto, vi è il caso della disciplina legislativa vigente del lavoro occasionale⁽¹⁴²⁾, della quale Vito Pinto ha mostrato convincentemente la riferibilità al lavoro subordinato⁽¹⁴³⁾, e della quale non si può dubitare che consenta prestazioni “occasionalmente o saltuarie di ridotta entità” (art. 54-bis, co. 13), di cui il legislatore fissa la quantità massima (art. 54-bis, co. 1) ma non quella minima, salva la discutibile previsione del co. 17, lett. e), per cui l'utilizzatore deve comunicare all'INPS, fra l'altro, “il compenso pattuito per la prestazione, in misura non inferiore a 36 euro, per prestazioni di durata non superiore a quattro ore continuative nell'arco della giornata”: dunque, vi è un costo minimo della singola prestazione, ma non una durata minima della stessa, sebbene evidentemente il datore di lavoro non abbia interesse a pagare 36 euro una prestazione il cui valore orario minimo è fissato dal legislatore in 9 euro (co. 16), onde ragionevolmente accorperà le prestazioni di cui necessita onde saturare almeno le quattro ore indicate⁽¹⁴⁴⁾.

Dunque, la durata/continuità osservata dal punto di vista delle modalità esecutive della prestazione di lavoro non è e non può essere, anzi non è mai stata considerata, come si è detto, un elemento strutturale del lavoro subordinato.

Resta da formulare una conclusione per l'altra concezione della continuità, che la riconduce a elemento strutturale della fattispecie in quanto necessariamente presente nell'obbligazione di lavoro subordinato per le ragioni già analizzate. A questo proposito, alle osservazioni già svolte, si può aggiungere che il presupposto che regge tutta la costruzione degli autori qui criticati, l'illimitata divisibilità della prestazione in ragione del tempo, in realtà è tecnicamente criticabile non solo per gli effetti che produce – di cui si è già parlato *supra*, al par. 2, ma anche perché ignora, senza una valida

⁽¹⁴¹⁾ Recentemente Cass. 30 aprile 2021, n. 11424. Nel caso, la invocata continuità, se si ben comprende, era stata affermata dalla sentenza d'appello per la durata del rapporto “protrattosi complessivamente per circa 33 mesi” e per la “presenza pressoché quotidiana negli studi dell'emittente radiofonica in orari imposti dalle esigenze del palinsesto”.

⁽¹⁴²⁾ Articolo 54 bis, legge 21 giugno 2017, n. 96 di conversione del d.l. 24 aprile 2017, n. 50.

⁽¹⁴³⁾ V. Pinto, *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, in G. Zilio Grandi - M. Biasi, *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 2018, 169-193.

⁽¹⁴⁴⁾ Osservazioni in merito in V. Pinto, *Prestazioni occasionali*, *op. cit.*, 188 s.

argomentazione, l'elaborazione giurisprudenziale, nata nell'ambito delle controversie in materia di diritto sindacale, sulla "“minima unità tecnico-temporale”, al di sotto della quale l'attività lavorativa non ha significato esaurendosi in una erogazione di energie senza scopo”⁽¹⁴⁵⁾. Insomma, il comportamento attivo del lavoratore, per realizzare la soddisfazione dell'interesse creditorio e liberare il debitore dal vincolo attraverso un adempimento parziale, *non è* illimitatamente divisibile nelle frazioni di tempo.

A questa ovvia critica Ichino ha fornito una risposta non convincente, in cui ha soltanto illustrato le conseguenze che potrebbe avere in altre situazioni, per concludere apoditticamente ribadendo l'illimitata frazionabilità della prestazione *ratione temporis*⁽¹⁴⁶⁾.

Si può dunque concludere che il tempo non abbia rilievo ai fini della qualificazione come autonomo o subordinato, sotto il profilo della continuità sia dell'obbligazione lavorativa sia della sua materiale esecuzione⁽¹⁴⁷⁾.

Ancor meno, come detto, il tempo può avere rilievo sotto i già discussi profili della necessaria predeterminazione del *quantum* della prestazione di lavoro, o della sua collocazione oraria.

È perciò forse venuto il momento di liberarsi di taluni *idola fori* che oscurano la lucidità delle nostre teorizzazioni e che ostacolano la capacità di rispondere ai temi nuovi che le trasformazioni sociali e tecniche del lavoro ci pongono.

Curiosamente, bisogna osservare che non pare più valida la considerazione per la quale “le ricostruzioni più in sintonia con gli interessi delle classi lavoratrici tendono a valorizzare uno schema estremamente elementare in cui l'obbligazione lavorativa viene identificata con la mera messa a disposizione di energie lavorative qualificate solo in termini temporali”⁽¹⁴⁸⁾: non che manchino tuttora nella tendenza *pro-labour* ancora non estinta neppure nella dottrina giuslavoristica italiana, esempi importanti di quella tendenza. Mi pare infatti che le teorizzazioni più importanti in tal senso le abbia offerte Vincenzo Bavaro⁽¹⁴⁹⁾, su una linea ermeneutica che punta a far rientrare la disponibilità nel campo di applicazione dell'art. 2094 c.c., in quanto rispondente all'interesse creditorio del datore di lavoro al pari della prestazione di *facere*; con il che si sanerebbe – innanzitutto sul piano retributivo, in forme tutte da inventare - l'obbrobrio di un tempo

⁽¹⁴⁵⁾ Giurisprudenza costante. Solo nell'ultimo decennio, così Cass. 9 febbraio 2016, n. 2530; Cass. 8 settembre 2015, n. 17770; Cass. 12 novembre 2014, n. 24142; Cass. 7 novembre 2014, n. 23813, Cass. 6 novembre 2014, n. 23672.

⁽¹⁴⁶⁾ P. Ichino, *Il tempo della prestazione*, *op. cit.*, 32-34.

⁽¹⁴⁷⁾ A. Tursi, *Le metamorfosi del tempo di lavoro*, *DRI*, 2022, 464-474 e qui 468, ha giustamente osservato, argomentando dalla disciplina del lavoro agile e di quello etero-organizzato, che “la subordinazione non è scomparsa, ma è stata semplicemente depurata dal tempo”.

⁽¹⁴⁸⁾ R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 6.

⁽¹⁴⁹⁾ La prima manifestazione di questa linea di pensiero è in V. Bavaro, *Sul lavoro intermittente*, *Note critiche*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, 216-232. L'A. ha poi sviluppato più ampiamente questa linea di pensiero, con risultati interessanti, in Id., *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, Bari, 2008, per quanto riguarda la disponibilità a 225 ss.; e da ultimo in Id., *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclotattorini)*, *Labor*, 2020, n. 6, 671-689, in termini di “identità logica e formale fra tempo e lavoro” (674).

che viene in qualche modo garantito al datore di lavoro senza sinallagma⁽¹⁵⁰⁾, ma - dal punto di vista della politica del diritto - si precluderebbero altre strade di ricerca di forme nuove di tutela del lavoro, cui si è fatto cenno, con un bilancio finale che difficilmente potrebbe essere considerato utile dal punto di vista dei prestatori di lavoro.

Naturalmente, non è questa la sede per proporre una *pars construens*, in tema di operazioni qualificatorie da compiere senza la stampella degli indici indiziari costruiti attorno al tempo: ma per questo mi si perdonerà il rinvio a quanto in altra sede ho argomentato, sulla scia dell'insegnamento di Luigi Mengoni⁽¹⁵¹⁾ e della giurisprudenza costituzionale⁽¹⁵²⁾, in tema di doppia alienità, nella convinzione che “la subordinazione non sia data dalla quantità e pervasività degli ordini e delle disposizioni materialmente date dal datore di lavoro al prestatore di lavoro per l'esecuzione della prestazione, ma dal lavorare per un fine produttivo altrui”⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ Come ha osservato A. Tursi, *op. cit.*, 466-468.

⁽¹⁵¹⁾ L. Mengoni, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano, 1971, ora parzialmente estratto come *Contratto di lavoro e impresa* in L. Mengoni, *Il contratto di lavoro*, M. Napoli (a cura di), Vita&Pensiero, Milano, 2004, 3-48.

⁽¹⁵²⁾ Mi riferisco ovviamente a Corte cost. 12 febbraio 1996, n. 30, nella quale l'estensore, che fu lo stesso Luigi Mengoni, riprese quasi alla lettera quanto aveva scritto un quarto di secolo prima.

⁽¹⁵³⁾ M.G. Garofalo, *L. Barassi e il socialismo della cattedra*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, *op. cit.*, 145-157, e qui 156.

Bibliografia

- Ballestrero M.V., *Tempo di lavoro e nozione di subordinazione*, in Aidlass, *Il tempo di lavoro*, atti delle giornate di studio di Genova, 4-5 aprile 1986, Giuffrè, Milano, 1987, 163-168.
- Balletti E., *La cooperazione del datore di lavoro all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Cedam, Padova, 1990.
- Barassi L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1901, ristampa a cura di M. Napoli, Vita&Pensiero, Milano, 2003.
- Barassi L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Roma-Milano-Napoli, 1915 (I vol.) - 1917(II vol.)².
- Barbieri M., *Brevi note integrative: l'attesa sentenza della Cassazione sul caso dei riders di Foodora*, in U. Carabelli - L. Fassina (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, Roma, 2020, 95-105.
- Barbieri M., *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura*, in U. Carabelli - L. Fassina (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, Roma, 2020, 75-95.
- Barbieri M., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *q. Riv.*, 2020, n. 2, R.63-R.92.
- Barbieri M., *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro*, in *q. Riv.*, 2021, n. 2, C.3-C.20.
- Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *q. Riv.*, 2019, n. 2, 1-56.
- Barone C.M., *I rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale e di collaborazione in genere*, in V. Andrioli, C.M. Barone, G. Pezzano, A. Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1987², 107-117.
- Bavaro V., *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, Bari, 2008.
- Bavaro V., *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclofattorini)*, in *Labor*, 2020, n. 6, 671-689.
- Bavaro V., *Sul lavoro intermittente, Note critiche*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, 216-232.
- Carabelli U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, 1-99.
- Cester C., *Contratto di lavoro e tempo di lavoro*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita & Pensiero, Milano, 2003, 513-523.
- Corrado R., *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1956.
- De Luca Tamajo R., *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in Aidlass *Il tempo di lavoro*, atti delle giornate di studio di Genova, 4-5 aprile 1986, Giuffrè, Milano, 1987, 3-38.
- Del Conte M. – Razzolini O., *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *DLRI*, 2018, 673-682.
- Ferrante V., *Obbligo e diritto alla esecuzione della prestazione*, in M. Persiani - F. Carinci, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, t. II, *Contratto di lavoro e organizzazione. Diritti e obblighi*, M. Marazza (a cura di), Cedam, Padova, 2012, 1652-1688.
- Gaeta L., *Lodovico Barassi, Philipp Lotmar e la cultura giuridica tedesca*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita & Pensiero, Milano, 2003, 159-195.
- Gaeta L., *Tempo e subordinazione: guida alla lettura dei classici*, in *LD*, 1998, 35-51.
- Gaeta L., *Un breve profilo storico*, in L. Gaeta - P. Tesaurò, *La subordinazione*, Utet, Torino, 1993, 1-22.
- Garofalo M.G., *L. Barassi e il socialismo della cattedra*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita & Pensiero, Milano, 2003, 145-157.

- Ghera E. – Liso F., *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, in *ED*, Giuffrè, Milano, 1976, vol. XXVI, 997-1003.
- Ghera E., *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, in *DLRI*, 1988, 621-639.
- Ghera E., *Lodovico Barassi e Paolo Greco*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita & Pensiero, Milano, 2003, 239-251.
- Ghera E., *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *DLRI*, 2006, 1-37.
- Giugni G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963.
- Gramano E., *La nozione di "lavoratore subordinato" alla prova della gig-economy*, in www.lavoroeconomia digitale.it/pdf/papers/02/03/1.Gramano.pdf.
- Grandi L., *L. Barassi e la dottrina sociale della Chiesa*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita & Pensiero, Milano, 2003, 123-144.
- Grandi M., *Rapporti di lavoro*, in *ED*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, 313-363.
- Greco P., *Il contratto di lavoro*, *Trattato di diritto civile*, vol. VII, t. III, Vassalli F. (diretto da), Utet, Torino, 1939.
- Ichino P., *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento. Artt. 2094-2095*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1992.
- Ichino P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1984, I.
- Ichino P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989.
- Liso F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1983.
- Lunardon F., *L'evoluzione del concetto di subordinazione nell'elaborazione dottrinale*, in *QDLRI, Subordinazione e autonomia. Vecchi e nuovi modelli*, 1998, 265-282.
- Lunardon F., *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in *DLRI*, 1990, 403-424.
- Magnani M., *La categoria contratto di lavoro e la tradizione anglosassone*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita & Pensiero, Milano, 2003, 197-213.
- Magrini S., *Lavoro (contratto individuale)*, in *ED*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 369-418.
- Mancini G.F., *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, in *RTDPC*, 1966, 893-933.
- Marazza M., *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002.
- Mariucci L., *Subordinazione e itinerari della dottrina*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, 67-74.
- Martelloni F., *Lavoro coordinato e subordinazione*, Bologna University Press, Bologna, 2012.
- Mazzotta O., *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2019⁷, 94.
- Mazzotta O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979.
- Menghini L., *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in *QDLRI, Subordinazione e autonomia, op. cit.*, 143-232.
- Mengoni L., *Il contratto individuale di lavoro*, in *DLRI*, 2000, 181-200.
- Mengoni L., *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del «contratto di lavoro»*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita & Pensiero, Milano, 2003, 13-21.
- Mengoni L., *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano, 1971, ora parzialmente estratto come *Contratto di lavoro e impresa* in L. Mengoni, *Il contratto di lavoro*, M. Napoli (a cura di), Vita & Pensiero, Milano, 2004, 3-48.
- Nogler L., *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *DLRI*, 1991, 107-156.
- Nogler L., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *RIDL*, 1990, I, 182-224.
- Nogler L., *Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro*, in *QDLRI, Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, Utet, Torino, 1998, 101-139.

- Occhino A., *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010, 187-199.
- Pallini M., *Il rapporto di lavoro giornalistico: uno smart working ante litteram*, in *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, Cacucci, Bari, 2021, 1779-1807.
- Pedrazzoli M., *Spunti su modalità temporale, fattispecie e autonomia collettiva*, in *Aidlass Il tempo di lavoro*, atti delle giornate di studio di Genova, 4-5 aprile 1986, Giuffrè, Milano, 1987, 198-206.
- Persiani M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.
- Perulli A. – Speziale V., *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Bologna, Il Mulino, 2022.
- Perulli A., *Il lavoro autonomo*, Giuffrè, Milano, 1996.
- Pessi R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989.
- Pessi R., *Il Diritto del lavoro e la Costituzione: identità e criticità*, Cacucci, Bari, 2019.
- Pinto V., *Lavoro intermittente (Definizione e casi di ricorso al lavoro intermittente, commenti agli artt. 13 e 14, d. lgs. n. 81/2015)*, in R. Del Punta - F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, IPSOA, Milano, 2753 – 2761.
- Pinto V., *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche*, Cacucci, Bari, 2013.
- Pinto V., *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, in G. Zilio Grandi - M. Biasi (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 2018, 169-193.
- Riva Sanseverino L., sub art. 2094, in A. Scialoja (a cura di), *Commentario del Codice civile, Libro Quinto. Del Lavoro. Art. 2060-2246*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, 1943, 173-181.
- Riva Sanseverino L., sub art. 2095, in A. Scialoja (a cura di), *Commentario del Codice civile, Libro Quinto. Del Lavoro. Art. 2060-2246*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, 1943, 181-200.
- Riva Sanseverino L., sub art. 2222, in A. Scialoja (a cura di), *Commentario del Codice civile, Libro Quinto. Del Lavoro. Art. 2060-2246*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, 1943, 770-779.
- Romagnoli U., «*Il contratto di lavoro*» di L. Barassi cent'anni dopo, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita & Pensiero, Milano, 2003, 47-70.
- Spagnuolo Vigorita L., *Impresa, rapporto di lavoro, continuità (riflessioni sulla giurisprudenza)*, in *RDCiv.*, 1969, I, 545-578.
- Spagnuolo Vigorita L., *Subordinazione e diritto del lavoro*, Morano, Napoli, 1967.
- Speziale V., *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992.
- Tesaurò P., *I criteri distintivi nella giurisprudenza*, in L. Gaeta - P. Tesaurò, *La subordinazione*, Utet, Torino, 1993, 81-109.
- Tesaurò P., *La nozione di parasubordinazione*, in L. Gaeta - P. Tesaurò, *La subordinazione*, Utet, Torino, 1993, 143-162.
- Tursi A., *Le metamorfosi del tempo di lavoro*, in *DRI*, 2022, 464-474.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro

GIAMPIERO PROIA

Università degli Studi Roma Tre

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695



Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro

GIAMPIERO PROIA

Università degli Studi Roma Tre
Ordinario di Diritto del Lavoro
giampiero.proia@uniroma3.it

ABSTRACT

After an analysis of the concepts such as "continuity", "coordination", "mode of execution", the Author argues that, on the one hand, even in the autonomous work there is an interference of the client in the mode of performance and, on the other hand, that it is not the time in itself of the service and the service, but the power of the creditor over the service, and therefore in the power to specify the subject matter of the benefit payable by the worker, in particular with regard to the arrangements for the performance of the benefit, identifying, within the framework of the plurality of activities deducted in obligation, the one that the worker is obliged to carry out from time to time, to constitute the characteristic feature of subordination.

It is only in this perspective that "time" becomes relevant for qualification purposes, in the sense that the employer, unlike the client, has the power to specify continuously the very content of the service, identifying among all the multiple tasks covered by the subject of the contract that from time to time due.

Keywords: employer; power; object of contract; working time; subordination.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/15119>

Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La “*continuità*” giuridica della prestazione. – 3. La illimitata ripetibilità della prestazione d’opera in esecuzione di un contratto di durata. – 4. L’adempimento continuativo della prestazione di lavoro autonomo. – 5. Lavoro e impresa: dallo schema bipolare del Codice civile... – 6. *Segue*: ... al riconoscimento del lavoro autonomo continuativo da parte della legislazione successiva. – 7. La positivizzazione del criterio del “*coordinamento*”. – 8. La legislazione più recente: le limitazioni al lavoro autonomo continuativo e le collaborazioni “*organizzate dal committente*” quanto alle “*modalità di esecuzione*”. – 9. La tutela del lavoro autonomo dei *riders* le cui “*modalità di esecuzione*” sono determinate mediante piattaforme digitali. – 10. “*Continuità*” di fatto, “*alienazione*” del tempo e “*disponibilità*”. – 11. La disponibilità e la variabilità dei tempi di lavoro. – 12. *Segue*: anche in relazione ai contratti di lavoro non standard. – 13. Considerazioni finali. – 14. *Segue*: una ipotesi. – 15. *Segue*: ampliamento della fattispecie della subordinazione o modulazione dello statuto protettivo?

1. Premessa

Tema affascinante, quello del rapporto tra tempo e lavoro.

Immediatamente, se ne coglie la rilevanza sul piano esistenziale, visto che il fluire del tempo distingue le fasi della vita umana in relazione al lavoro: dall’età dell’incapacità al lavoro (e dell’istruzione obbligatoria) a quella nella quale la persona diventa titolare di un diritto all’occupazione e, allo stesso tempo, assume il dovere di svolgere un’attività o una funzione che concorra al progresso della società (art. 4, co. 1 e 2, Cost.). Allo stesso modo, poi, il fluire del tempo separa l’età della vita lavorativa da quella della tutela pensionistica (art. 38, co. 2, Cost.).

Non meno immediata è la percezione delle implicazioni che il tempo riveste anche all’interno del singolo rapporto di lavoro⁽¹⁾, sempre recando con sé importanti riflessi sul piano esistenziale. Basti pensare all’incidenza sulla vita delle persone che deriva dall’aver il contratto di lavoro un termine di scadenza prefissato o no⁽²⁾.

Per accostarsi al tema della qualificazione, però, bisogna andare oltre, e guardare più specificamente al rapporto che intercorre tra il tempo e la prestazione di lavoro, nelle

⁽¹⁾ Sulle diverse funzioni del fattore tempo nel rapporto di lavoro, che vanno ben oltre la mera “misurazione della durata dell’impegno lavorativo”, resta fondamentale R. De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro*, in *Atti Aidlass*, Giuffrè, 1986, 3 ss. Si vedano, anche, i preziosi contributi monografici di P. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1984 (vol. I) e 1985 (vol. II); Aa. Vv., *L’orario di lavoro*, *QDLRI*, 1995; V. Leccese, *L’orario di lavoro*, Cacucci, 2001; G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, 2003; E. Gragnoli, *Tempo e contratto di lavoro subordinato*, *RGL*, 2007, I, 439 ss.; V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, 2008; V. Ferrante, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, 2008; A. Occhino, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010. Da ultimo, S. Cairolì, *Tempi e luoghi di lavoro nell’era del capitalismo cognitivo e dell’impresa digitale*, Jovene, 2020.

⁽²⁾ Alternativa che, però, com’è evidente, non ha rilevanza ai fini della qualificazione della fattispecie lavoro subordinato, poiché il termine apposto al contratto di lavoro, per quanto socialmente rilevante, è un elemento accidentale del contratto che non ne modifica la funzione giuridica.

molteplici relazioni reciproche che riguardano non solo il *quantum* e il *quando* della prestazione stessa ⁽³⁾, ma anche la struttura dell'obbligazione contrattuale.

L'esame che segue si soffermerà prima sull'elemento della "continuità" della prestazione, sia perché questo è da sempre al centro degli studi sulla identificazione della fattispecie, sia perché in relazione ad esso sono molteplici gli spunti di riflessione offerti dall'evoluzione dell'ordinamento (ragione per cui la disamina dovrà considerare anche la prospettiva storica). Sarà, poi, necessario formare oggetto di valutazione altri possibili profili di rilevanza del fattore tempo, anche in questo caso tenendo conto dell'evoluzione della legge, con particolare riguardo a quella che ha interessato la flessibilità dei tempi di lavoro.

Va da sé che l'ampiezza e la complessità del campo di indagine imporrà di fare spesso riferimento a risultati già acquisiti e, me ne scuso, ad analisi da me già svolte in altri scritti.

2. La "continuatività" giuridica della prestazione

La parte prevalente della dottrina ritiene che la "continuatività" in senso tecnico-giuridico sia una caratteristica idonea a distinguere il lavoro subordinato dal lavoro autonomo⁽⁴⁾.

Secondo la nota elaborazione relativa ai contratti di durata, la prestazione contrattuale è giuridicamente "continuativa" quando è intrinsecamente essenziale alla soddisfazione di un'esigenza (di un "bisogno") "durevole" del creditore, e in questo senso la durata del rapporto non è subita, bensì è voluta dalle parti, e ad esse è "utile" ⁽⁵⁾.

L'esempio più nitido di contratto di durata è, allora, quello di lavoro subordinato perché, in esso, ogni singolo frammento temporale nel quale la prestazione è scomponibile rappresenta adempimento dell'obbligazione e soddisfa l'interesse del creditore della prestazione.

Di contro, nel contratto di lavoro autonomo, assumendo come figura generale di questo il tipo previsto e regolato dagli artt. 2222 c.c. e ss.⁽⁶⁾, si ritiene che, di regola, la

⁽³⁾ Profili, questi, che attengono all'orario di lavoro ed alla sua collocazione nell'arco di tempo considerato (giorno, settimana, anno), ma coinvolgono anche i temi dell'intensità della prestazione e del rendimento del lavoratore.

⁽⁴⁾ Quantomeno a partire da R. Corrado, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Utet, 1956. Tra le opinioni contrarie, si veda P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, 2000, 288, Si veda, anche, M. Dell'Olio, *I soggetti e l'oggetto del rapporto di lavoro*, Utet, 1980, 13.

⁽⁵⁾ G. Oppo, *I contratti di durata*, *RDComm.* 1943, I, 143 ss. (ora in *Obbligazioni e negozio giuridico, Scritti giuridici*, Cedam, 1992, 248 ss., da cui le successive citazioni), il quale rileva che nei contratti di "durata", l'elemento del "tempo" incide sulla causa del contratto, e ciò "nel duplice senso che questo non adempie alla funzione economica cui è preordinato se la sua esecuzione non si prolunga nel tempo e che l'utile che alle parti deriva dal rapporto è proporzionale alla durata di questo". Si veda, anche, L. Devoto, *L'obbligazione ad esecuzione continuata*, Cedam, 1943.

⁽⁶⁾ Che risulta più circoscritto rispetto alla sua matrice storica (cfr. F. Santoro Passarelli, *Opera (contratto di)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, 1965, 983), Onde è stato affermato che l'«ampia categoria» della *locatio operis* «più non esiste, atteso che le diverse fattispecie che in tale ambito si erano ricomposte hanno assunto con la nuova codificazione autonoma disciplina» (così G. Giacobbe, *Lavoro autonomo*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano 1973, 425). Cosicché il tipo generale avrebbe oramai, di fatto, una rilevanza meramente "residuale"

prestazione dovuta dal debitore sia l'*opus perfectum* e che l'adempimento dell'obbligazione avvenga in modo istantaneo ("*uno actu*"). In tale ipotesi, allora, il tempo che decorre tra il momento della stipulazione del contratto e quello dell'adempimento dell'obbligazione non è utile alle parti, bensì è da esse subito, perché in tale periodo il *facere* del debitore riguarda semplicemente lo svolgimento delle attività preparatorie all'adempimento stesso.

Tuttavia, a mio avviso, la "continuatività" giuridica, pur essendo un elemento idoneo a descrivere il rapporto di lavoro subordinato, non è un criterio utile ai fini del procedimento di qualificazione della fattispecie, ossia, più precisamente, ai fini della individuazione del *discrimen* tra il lavoro subordinato e il lavoro che subordinato non è.

E ciò non solo per la semplice constatazione della difficoltà di farne uso in sede di applicazione giudiziale (problema da cui si prenderà le mosse), ma per la più radicale ragione che la continuatività giuridica della prestazione presuppone risolto il problema qualificatorio, e non ne costituisce la soluzione.

3. La illimitata ripetibilità della prestazione d'opera in esecuzione di un contratto di durata

Il primo problema, come detto puramente applicativo, nasce dal rilievo che, secondo la stessa dottrina dei contratti di durata, il contratto di lavoro autonomo può avere ad oggetto la prestazione di più *opera* (7), e, in tale ipotesi, può dirsi che esso è prestato continuativamente, nel senso (più limitato) che la prestazione – pur non essendo unica – è resa più volte in esecuzione del medesimo programma negoziale (8) (cfr. artt. 1360, co. 2 e 1458, co. 1 c.c.).

Anche in tale ipotesi, dunque, il «contenuto prestatorio del rapporto» è «determinato in funzione del tempo», perché è il tempo che «misura il numero, la quantità e quindi la ripetizione degli opera», introducendo nel contratto d'opera «un elemento atipico rispetto al contratto ad esecuzione istantanea che lo allontana dallo schema causale di quest'ultimo»(9). Ed infatti, il contratto che prevede la pluralità delle prestazioni *di opera*

in conseguenza dell'espansione di altre tipologie particolari (cfr. A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, vol. XVII, 1996, 49 ss.).

(7) Cfr., in tal senso, G. Santoro Passarelli, *Lavoro parasubordinato*, Franco Angeli, 1979, 60; P. Sandulli, *Lavoro autonomo e parasubordinazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. XV, Utet, 1986, 1455 ss.; Id., *In tema di collaborazione continuativa e coordinata*, *DL*, 1982, I, 249; R. Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, 1990, 201.

(8) Si è parlato, in tale ipotesi, di prestazioni "periodiche" (cfr. R. Corrado, *La nozione unitaria*, *op. cit.*, 124 ss.), distinguendosi poi tra prestazioni periodiche e prestazioni "saltuarie" (cfr. P. Ichino, *Il tempo della prestazione*, *op. cit.*, 16-19).

(9) G. Oppo, *I contratti di durata*, *op. cit.*, 246. Del resto, che l'esistenza di un siffatto bisogno durevole alla continuatività delle prestazioni - nel senso della loro ripetizione (a scadenze prefissate o a richiesta del creditore) - incida sulla causa del contratto è confermato dalla disciplina positiva, che - con la somministrazione (art. 1559 Cod. civ.) - ha regolato un contratto tipico che si differenzia dalla vendita (art. 1470 Cod. civ.) proprio per il profilo della pluralità delle prestazioni dovute, le quali, invece, se isolatamente considerate, «rientrano senza difficoltà nella vendita».

persegue un interesse che non corrisponde alla mera sommatoria degli interessi perseguiti dal creditore con la stipulazione di distinti contratti d'opera, bensì mira alla soddisfazione di un interesse diverso, che è anch'esso "durevole" in quanto legato alla durata stabilita (10).

Più precisamente, tale interesse è stato individuato nell'interesse del creditore «ad assicurarsi in permanenza il servizio di cui ha bisogno»(11), o, come pure è stato detto, nel bisogno di «sicurezza giuridica preventiva»(12). Quindi, la stipulazione di un unico contratto (che prevede la reiterazione di *opera*), al posto di una pluralità di distinti contratti che prevedono ciascuno un unico *opus*, non dipende solo e necessariamente dal risparmio dei costi organizzativi(13), ma può dipendere anche, o soltanto, dalla esigenza di soddisfare un siffatto interesse alla «sicurezza giuridica»(14).

Orbene, il profilo da evidenziare è che, essendo incontestato che la medesima prestazione d'opera può essere reiterata, altrettanto incontestabile è che non vi è un limite alla quantità e alla frequenza della ripetizione della medesima prestazione (15), che, quindi, può avere anche cadenza quotidiana ed essere eseguita più volte nella stessa giornata (16). Di qui deriva, senza bisogno di argomentare oltre, la difficoltà di distinguere, in punto di fatto, quando si sia in presenza della prestazione continuativa di *operae* e quando, invece, si tratti di adempimento ripetuto e continuato di una pluralità di prestazioni d'opera.

(10) G. Oppo, *op. cit.*, 298-299, il quale evidenzia come la causa del contratto che ha ad oggetto la reiterazione di *opera* è unica, perché essa consiste «non nella somma dei momenti causali dei singoli atti di prestazione isolatamente considerati, ma nella soddisfazione continuativa dell'interesse duraturo alla quale essi si indirizzano». In altri termini, «l'intento che le parti si propongono è quello di render sicura la prestazione: ciò che esse hanno di mira, stipulando il contratto, non è certo, di regola, la conclusione di futuri contratti, ma sono immediatamente e direttamente le più prestazioni e quindi l'obbligazione, o, se vuoi, le obbligazioni relative».

(11) G. Oppo, *I contratti di durata*, *op. cit.*, 247 (cosicché in questa ipotesi il ripetersi «dell'adempimento per una certa durata è condizione perché il contratto produca l'effetto voluto dalle parti e soddisfi i bisogni che le spinsero a contrattare»).

(12) Così V. Salandra, *Contratti preparatori e contratti di coordinamento*, *RDComm*, 1940, I, 28.

(13) Cfr., la raccolta degli scritti di R. Coase, *Impresa, mercato e diritto*, a cura di M. Grillo, Il Mulino, 1995, spec. 145-146.

(14) Anche P. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, *op. cit.*, 15-28, pone in luce la rilevanza del carattere della durata della prestazione nel senso di determinare l'*affidamento* del creditore nell'estensione nel tempo dell'obbligazione

(15) Ossia, non v'è alcuna ragione perché la ripetizione dell'opera avvenga solo "saltuariamente" o "periodicamente" (cfr. nota 8 che precede).

(16) È utile, qui, fare ancora cenno alle origini del dibattito sui contratti di durata e, in particolare, ricordare il confronto che vide contrapporsi lo stesso Giorgio Oppo e Alberto Asquini. Il secondo, favorevole alla tesi della configurabilità di una prestazione d'opera continuativa, richiamava, a proprio sostegno, esempi di contratti d'opera quali quelli riguardanti la cura delle malattie che mi affliggeranno in una annata, la discussione delle cause che promuoverò in un certo periodo, la riparazione di una palizzata che si guasterà in una stagione, un abbonamento di viaggio (cfr. A. Asquini, *Profili dell'impresa* (1943), ora in *Scritti giuridici*, III, Cedam, 1961, 36-37 e 49). Giorgio Oppo, pur concordando che in tali casi il tempo assume rilievo causale nel contenuto prestatore del rapporto, correttamente replicava che non di *opus* prestato continuativamente si tratta, bensì di più *opera* distinti, tanti quanti «verranno richiesti o si renderanno necessari durante il rapporto» (cfr. G. Oppo, *I contratti di durata*, *op. cit.*, 246).

4. L'adempimento continuativo della prestazione di lavoro autonomo

Come premesso, al di là del mero problema applicativo, la distinzione tra adempimento istantaneo e adempimento continuativo della prestazione non è decisiva ai fini qualificatori per una ragione più radicale.

Iniziamo con il considerare qualche caso concreto che l'evoluzione dei modi di lavorare oggi offre⁽¹⁷⁾. Si prenda, ad esempio, in considerazione il contratto con il quale venga conferito l'incarico (per un certo periodo o a tempo indeterminato) di prestare, senza vincolo di subordinazione, un'attività avente ad oggetto il controllo della qualità dei prodotti aziendali, la gestione contabile dell'impresa o la vigilanza sul patrimonio aziendale. Oppure, per fare esempi solo relativamente più articolati, si prenda in considerazione un incarico di consulenza in materia di sicurezza del lavoro, con il quale il committente affida ad un esperto di monitorare l'evoluzione della scienza e della tecnica e di segnalare tempestivamente le nuove misure, i nuovi macchinari, i nuovi accorgimenti imposti o suggeriti dall'art. 2087 c.c., ovvero un incarico di consulenza in materia finanziaria avente ad oggetto l'analisi dell'andamento dei titoli e dei mercati.

In relazione ai casi ora esemplificati, non mi sembra scontato parlare di reiterazione di distinte prestazioni di *opera*. Anzi, sembra proprio che la prestazione di volta in volta concordata (di controllo, di gestione, di vigilanza, di consulenza) sia giuridicamente unica e continuativa⁽¹⁸⁾, e che, quindi, anch'essa sia illimitatamente divisibile *ratione temporis*⁽¹⁹⁾.

Ma la vera questione è che, anche volendo mantenere fermo il prevalente orientamento che nega la configurabilità giuridica di una prestazione unica e continuativa di lavoro autonomo, resta che, nei casi esemplificati, è evidente come *l'opus* abbia ad oggetto un risultato che non è materialmente distinguibile dall'attività prestata dal debitore della prestazione per adempiere alla sua obbligazione (ossia per realizzare il servizio pattuito)⁽²⁰⁾.

Né, per superare tale indistinguibilità, è possibile fare ricorso al concetto di "risultato" atteso del creditore, perché, come è stato da tempo chiarito, anche

(17) Casi ben più complessi di quelli presi all'epoca in considerazione nel dibattito di cui si è detto nella nota che precede.

(18) Ciò, evidentemente, tenendo fermo che continuità della prestazione non equivale ad assenza di interruzioni, le quali, difatti, caratterizzano anche il contratto di lavoro subordinato (cfr. R. Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, *op. cit.*, 61 ss.; P. Ichino, *Il tempo della prestazione nei rapporti di lavoro*, *op. cit.*, 9-70; E. Ghera, *La qualificazione del contratto di lavoro subordinato: spunti teorici e criteri pratici*, in Aa.Vv., *Autonomia negoziale*, *op. cit.*, 5-7).

(19) Per usare la fortunata espressione di P. Ichino, *op. ult. cit.* 28 ss.

(20) Tanto più che nel nostro ordinamento, non esiste una definizione giuridica di "servizio": cfr. G. Alpa, *Dalle professioni liberali alle imprese di servizi. Le nuove professioni tra libertà dei privati e interesse pubblico*, in *Econ. e dir. del terziario*, 1990, 278 ss. Si veda, anche, G. Santini, *Commercio e servizi: due saggi di economia del diritto*, Il Mulino, 1988 (spec. 423 ss.). Del resto, se l'elaborazione della nozione giuridica di servizio è di origine dottrinale, va tenuto conto dell'ampiezza della sua portata, che è tale da ricomprendere «qualsiasi utilità che può essere creata, per un altro soggetto, purché diversa dalle opere e fornita di un immediato contenuto economico o almeno valutabile economicamente» (così D. Rubino, *Appalto privato*, in *Noviss. dig. it.*, 1957, 691).

l'adempimento dell'obbligazione del lavoratore subordinato è previsto in funzione di un risultato (e dà sempre luogo alla produzione di un risultato)⁽²¹⁾, mentre l'obbligazione del prestatore d'opera non è quella di "dare" una cosa⁽²²⁾, ma di svolgere un'attività volta alla realizzazione di un bene materiale o di un servizio immateriale.

Da questo punto di vista, dunque, la classificazione dei contratti basata sulla distinzione tra adempimento continuativo e adempimento istantaneo riproduce, sotto un diverso profilo, problematiche analoghe a quelle cui si presta la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato⁽²³⁾.

Ne deriva, in sostanza, che nel contratto di lavoro non è la definizione della prestazione in termini di *opus* o di attività l'elemento dal quale può discendere la qualificazione del contratto, la quale, invece, discende dalla sussistenza o no del vincolo della subordinazione da parte del prestatore. E, del resto, è questa, in definitiva, la ragione per la quale, lo stesso art. 2222 c.c., al fine di distinguere il contratto d'opera dal tipo *ex art.* 2094 c.c., deve fare riferimento all'inciso, altrimenti pleonastico, "senza vincolo di subordinazione".

5. Lavoro e impresa: dallo schema bipolare del Codice civile...

A questo punto, è necessario fare un rapido cenno anche alla sistematica del Codice civile per quanto riguarda il rapporto tra impresa e tipi contrattuali di lavoro⁽²⁴⁾, sia pure limitatamente a ciò che appare utile per comprendere la successiva evoluzione dell'ordinamento.

Non v'è dubbio⁽²⁵⁾ che, nel disegno del legislatore codicistico, il "lavoro" nell'impresa è considerato, nella sua tipicità sociale, esclusivamente quello subordinato⁽²⁶⁾.

(21) Cfr. M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, 279 ss.

(22) In tal senso, si distingue dalla vendita e dalla vendita di cosa futura (cfr. F. Santoro Passarelli, *op. cit.*, 983 ss.).

(23) Cfr. L. Nogler, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, RIDL, 1990, I, 195 ss. Sulla impossibilità di far coincidere la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato con la distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, cfr., L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, RDCComm, 1954, I, 191. Per la critica più radicale, che colpisce la stessa riconducibilità del lavoro subordinato ad una obbligazione di mezzi, ovvero di mera attività o comportamento, M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, *op. cit.*, 101, ss. Si veda, altresì, G. Suppiej, *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam, 1957, 81 ss.; R. Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, *op. cit.*, 35 ss.

(24) Fermo restando, peraltro, che nella stessa sistematica del codice il lavoro subordinato esiste anche al di fuori dell'impresa, onde il lavoro nell'impresa resta un'ipotesi, seppure particolarmente rilevante, della categoria più generale (cfr., per la sottolineatura di questo dato, S. Magrini, *Lavoro (contratto individuale)*, *Enc Dir.*, XXIII, 1973, 369 ss.).

(25) Come sottolineato da M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, *q. Riv.*, 2019, 2,11-12.

(26) Tant'è vero che, nelle prime interpretazioni proposte con riguardo al requisito dell'organizzazione previsto dall'art. 2082 c.c., veniva affermato che esso doveva avere necessariamente ad oggetto, oltretutto mezzi, le energie dei lavoratori subordinati (cfr. A. Asquini, *Profili dell'impresa* (1943), *op. cit.*, 128 ss.). Va subito rilevato che tali interpretazioni sono, con il passare del tempo, divenute minoritarie, anche perché è prevalsa la tesi della non essenzialità dell'elemento dell'organizzazione del fattore umano, ai fini della configurazione dell'impresa: cfr. F. Galgano, *L'imprenditore*, Zanichelli, 1974, 12 ss.

Così come è indubitabile che gli artt. 2222 e segg., al fine di individuare e disciplinare il contratto d'opera, non hanno attribuito rilievo né all'esercizio professionale dell'attività del lavoratore autonomo⁽²⁷⁾, né alla sua continuativa destinazione al servizio del medesimo committente⁽²⁸⁾. In altri termini, utilizzando il linguaggio del legislatore più recente, si potrebbe dire che, disciplinando il contratto d'opera, il Codice pensava soltanto al lavoro autonomo "occasionale"⁽²⁹⁾.

Pertanto, nella sistematica del Codice, le due figure generali del lavoro subordinato e del contratto d'opera risultano geometricamente contrapposte e speculari, essendo individuate mediante una tecnica che, al fine di rimarcare la reciproca distinzione, omette di considerare (e tiene fuori dagli schemi causali di entrambi) i tratti eventualmente comuni⁽³⁰⁾.

Tuttavia, da ciò non può desumersi né il divieto, né la ontologica inconfigurabilità del lavoro autonomo continuativamente prestato a favore del medesimo committente. Ed infatti, da un lato, lo stesso Codice riconosce la libertà dei privati di stipulare contratti atipici "purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" (art. 1322 c.c.). D'altro lato, nel libro IV, tra i contratti aventi una "disciplina particolare", ha previsto e regolato contratti di lavoro autonomo aventi ad oggetto prestazioni continuative di attività⁽³¹⁾, tra le quali anche le prestazioni di quella particolare

⁽²⁷⁾ Cfr. A. Torrente, *Commentario del codice civile*, Utet, 1962, libro V, 2 ss.; G. Giacobbe, *Lavoro autonomo, op. cit.*, 422.

⁽²⁸⁾ Cfr. G. Santoro Passarelli, *Il lavoro "parasubordinato"*, *op. cit.*, 47. Si veda, altresì, P. Rescigno, *Introduzione al codice civile*, Laterza, 1991, 191; Id. *Manuale del diritto privato italiano*, ESI, 1989, 964-965.

⁽²⁹⁾ È opportuno anche ricordare come, coerentemente con tale impostazione, il Titolo III del libro quinto del Codice Civile non preveda, né regoli, un potere di impartire istruzioni od ordini durante lo svolgimento del lavoro, prevedendo soltanto un potere di controllo della conformità dell'opera alle condizioni stabilite dal contratto (oltreché alle "regole dell'arte") (art. 2224 c.c.). Potere che, evidentemente, attenendo alla verifica della regolarità dell'esecuzione, non può costituire, in senso pregnante, uno strumento di coordinamento (cfr. M. Dell'Olio, *I collaboratori dell'imprenditore*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XV, I, Utet, 1986, 336-337).

⁽³⁰⁾ Si tratta di una normale applicazione della tecnica legislativa, poiché, com'è stato rilevato, solitamente «i caratteri che contraddistinguono i vari tipi non sono alternativi (non si escludono, cioè, a vicenda), il che rende più delicata la delimitazione dei confini dei tipi» (cfr. R. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, RTDPC, 1966, 803).

⁽³¹⁾ Come il contratto di mandato (e le sue sottospecie della commissione e della spedizione), il quale può dare luogo anch'esso ad un rapporto di durata e ad una prestazione continuativa di lavoro autonomo (cfr. F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 1943, 349; G. Oppo, *I contratti di durata, op. cit.*, 238, secondo il quale il mandato «ad amministrare» ha sempre carattere di rapporto di durata, non essendo necessario, a tal fine, che esso «si estenda a tutti gli affari del mandante»), in quanto può avere ad oggetto il compimento di «più atti giuridici» (art. 1703 Cod. Civ.) ed anche essere «generale» (art. 1709, co. 2, c.c.), oltreché avere durata indeterminata (art. 1725, co. 2, c.c.). Come si evince dall'art. 1677 c.c., anche il contratto di appalto può avere ad oggetto una prestazione continuativa in senso tecnico (cfr. P. Ichino, *Il contratto di lavoro, op. cit.*, 262).

figura di stabile “*ausiliario*” dell’impresa⁽³²⁾, rappresentata dall’agente di commercio, che già all’epoca aveva acquisito una sua tipicità sociale⁽³³⁾.

6. Segue: ... al riconoscimento del lavoro autonomo continuativo da parte della legislazione successiva

La storia conferma pienamente questa ricostruzione. Sessanta anni (ed oltre) di legislazione post-codicistica⁽³⁴⁾ hanno espresso il chiaro riconoscimento della esistenza (e, quindi, della configurabilità) dei rapporti di collaborazione continuativa, prevalentemente o esclusivamente personale, prestata a favore del medesimo committente, “*anche se non a carattere subordinato*”⁽³⁵⁾ bensì in modo coordinato⁽³⁶⁾.

Insieme a tanti dubbi interpretativi, questa legislazione fornisce delle chiarissime indicazioni di fondo.

In primo luogo, vi è la presa d’atto che dalla realtà dei rapporti economico-sociali emerge una varietà di modi di lavorare che non è riconducibile all’alternativa secca considerata dal Codice civile tra le due fattispecie dell’art. 2094 e dell’art. 2222. Più in particolare, viene preso atto e riconosciuto (quindi: legittimato) che anche il lavoro autonomo può essere continuativamente prestato al servizio di un singolo committente, escludendo così che il contratto di lavoro subordinato possa essere considerato il tipo esclusivo di acquisizione di attività lavorativa da parte dell’imprenditore⁽³⁷⁾.

⁽³²⁾ Cfr. la Relazione al Codice civile ove veniva osservato che in considerazione della «stabile collaborazione che l’agente presta all’impresa del preponente» egli «costituisce un vero e proprio ausiliario» di questi, «anche se ha certi tratti di autonomia che rendono incompatibili la figura con quella dell’impiegato» (cfr. par. 192 della relazione al libro IV).

⁽³³⁾ È stato, infatti, rilevato che gli agenti di commercio costituiscono una particolare categoria di «locator operarum senza retribuzione» (così E. Zanelli, *Storia e teoria del rapporto di agenzia*, in *Studi urbinati*, XXXII, 1963-64, pag. 167) che, soltanto per ragioni storiche, è uscita dal lavoro subordinato (cfr. G. Ghezzi, *Del contratto di agenzia*, in *Commentario al Codice Civile*, A. Scialoja, G. Branca (diretto da), Zanichelli, Il Foro Italiano, 1970, 11 ss.).

⁽³⁴⁾ Le disposizioni che esprimono questo riconoscimento sono così numerose, e disseminate nei più eterogenei provvedimenti legislativi, che mi limito a richiamare tra le più conosciute: art. 2, l. n. 741/1959; art. 409, n. 3, c.p.c., come modificato dalla l. n. 533/1993; art. 49, d.p.r. n. 597 e art. 49, d.p.r. n. 917/1986 (richiamato anche dall’art. 5, d. lgs. n. 38/2001); art. 2, co. 26, l. n. 335/1995.

⁽³⁵⁾ Sulla rilevanza di tale inciso, cfr. R. Pessi, *Considerazioni sul rapporto di lavoro parasubordinato: individuazione di una fattispecie*, DL, 1980, 3, 358 ss. Ed infatti, se le parole “prestazione d’opera continuativa” avessero avuto riguardo all’adempimento istantaneo di un *opus perfectum*, secondo l’accezione tradizionale di risultato distinto dall’attività preparatoria alla sua realizzazione, l’assenza della subordinazione sarebbe stata implicita e tale da non richiedere una specifica previsione.

⁽³⁶⁾ Nitida fu l’intuizione di G. Santoro Passarelli, *Lavoro parasubordinato, op. cit.*, 114, il quale, muovendo dal confronto con gli artt. 1570 e 1677 c.c., osserva che «così come tra l’appalto e la somministrazione può collocarsi l’appalto continuativo di servizi, similmente può dirsi che l’alternativa tra locatio operis e locatio operarum può essere superata dall’individuazione del rapporto di lavoro parasubordinato».

⁽³⁷⁾ Perspicuamente, all’indomani dell’introduzione del rito speciale del lavoro, è stato anche osservato che, con l’art. 409, n. 3, c.p.c., «alla subordinazione si affianca la collaborazione del

Sotto questo profilo, è significativo che, nella formula descrittiva dei rapporti di cui trattasi, il legislatore abbia fatto ricorso allo stesso termine che è utilizzato dall'art. 2094 c.c. (rapporti di "collaborazione"). Non intendo con ciò riaprire la discussione sulla significatività o no di tale termine⁽³⁸⁾, ma solo evidenziare come l'espressione cui il legislatore ha fatto ricorso per introdurre i caratteri che individuano la fattispecie (rapporti di collaborazione "che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale"), è identica (e questo è ciò che appare significativo) all'espressione che introduce i tratti caratteristici della fattispecie del lavoro subordinato⁽³⁹⁾.

In altri termini, per quanto il termine "collaborazione" non abbia una sua propria capacità individuatrice né dell'una né dell'altra fattispecie, non si può non cogliere come esso designi, nel linguaggio del legislatore (ma anche, credo in un diffuso sentire comune), l'esistenza di un "ceppo" comune tra le due fattispecie che deriva dalla sua etimologia ("laborare cum" o "laborare con"). Ceppo comune che il Codice del 1942 non aveva certamente preso in considerazione quando ha disciplinato il tipo *ex art. 2222* che prescinde, come detto, da qualsiasi relazione tra committente e prestatore d'opera durante l'attività volta all'esecuzione della prestazione (salvo, si ribadisce, il "controllo" sulla conformità *ex art. 2224 c.c.*).

Diversamente dalla dottrina, il legislatore non si è posto il problema di sapere se tali rapporti abbiano ad oggetto o no prestazioni continuative in senso tecnico, perché l'esigenza che ha inteso soddisfare è quella di riconoscere uno specifico regime giuridico ai rapporti in questione esclusivamente a ragione del "lavoro" che vi è implicato, superando quel "vuoto" di considerazione e di disciplina derivante dalla regolazione codicistica del contratto d'opera.

Si può, dunque, ritenere che il carattere della continuità della collaborazione lavorativa non subordinata è, indifferentemente, riferibile sia alla mera continuità di fatto della attività preparatoria necessaria per l'adempimento istantaneo di un singolo *opus*, sia al contratto che abbia ad oggetto la ripetizione di *opera*, sia al contratto che abbia ad oggetto la prestazione di un servizio avente ad oggetto un *facere* continuativo come negli esempi che ho proposto⁽⁴⁰⁾.

somministratore di energie di lavoro, l'una e l'altra inquadrate nel contratto di durata» (cfr. V. Andrioli - C. M. Barone - G. Pezzano - A. Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro*, Zanichelli, 1974, 46).

⁽³⁸⁾ Cfr. L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in Aa.Vv., *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Giuffrè, 1965, 440-441; S. Magrini, *Lavoro (contratto individuale)*, *op. cit.*, 385 ss.

⁽³⁹⁾ Cfr. M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, *op. cit.*, 252 ss. È interessante osservare, peraltro, come la replica che egli formulava, in tale contesto, alla contrapposta tesi secondo cui l'impiego del termine "collaborazione" sarebbe giustificabile «solo in relazione alle ideologie corporative che ispirarono tale norma», è risultata storicamente vincente proprio per il fatto che a quel termine hanno fatto riferimento gli oltre sessant'anni di legislazione di cui si è detto, che con l'ideologia corporativa non hanno nulla a che fare.

⁽⁴⁰⁾ Cfr., per l'appartenenza al novero dei contratti di durata in senso stretto, M. Dell'Olio, *I soggetti e l'oggetto del rapporto di lavoro*, *op. cit.*, 15.

Peraltro, la configurabilità di “prestazioni di lavoro continuative” di natura autonoma (ancorché assimilate, per disciplina, al lavoro subordinato) è ora confermata dall’art. 2, d.lgs. n. 81/2015, secondo l’interpretazione – a mio avviso condivisibile⁽⁴¹⁾ – data dalla, per ora, unica pronunzia della Cassazione⁽⁴²⁾ e dalla stessa Corte costituzionale con la recentissima sentenza del 9 maggio 2022, n. 113, la quale, implicitamente (ma chiaramente), esclude che tali collaborazioni configurino rapporti di lavoro dipendente⁽⁴³⁾.

7. La positivizzazione del criterio del “coordinamento”

In secondo luogo, l’evoluzione della legge ha fatto propria, e quindi confermato, l’elaborazione della dottrina che già in precedenza aveva evidenziato come il lavoro autonomo, soprattutto se “continuativo” (ed a prescindere se la continuatività sia di fatto o di diritto), implichi una relazione tra le parti, che presuppone un “coordinamento”.

Non è necessario ripercorrere l’intenso dibattito, ancora vivo, sul significato da assegnare a tale elemento. Basti ricordare che le diverse tesi, pur diversamente articolate ed argomentate, sono riconducibili a quattro diverse prospettive: per alcuni è un potere del creditore della prestazione⁽⁴⁴⁾; per altri un obbligo del debitore⁽⁴⁵⁾; per altri ancora è realizzato dall’originario programma contrattuale⁽⁴⁶⁾; per altri, infine, è il risultato del “costante” accordo tra le parti⁽⁴⁷⁾.

Al riguardo, pur rilevando che questa ultima prospettiva è stata fatta propria dalla modifica apportata nel 2017 all’art. 409 c.p.c. (sulla quale si tornerà tra breve), a mio avviso è difficile dubitare che, prima di tale novella, il coordinamento non fosse oggetto di un potere del committente.

Già in linea di principio, è stato evidenziato che in tutti i contratti che prevedono «un’attività futura» vi è sempre una componente di indeterminatezza⁽⁴⁸⁾, onde è naturale

(41) Cfr. G. Proia, *Il lavoro autonomo continuativo e le collaborazioni “organizzate”, tra esigenze di tutela e contrasto agli abusi*, Aa.Vv., Giuseppe Santoro-Passarelli, *Giurista della contemporaneità. Liber amicorum*, Giappichelli, 2018, 501 ss., al quale rinvio anche per i richiami alle diverse proposte interpretative emerse in dottrina.

(42) Cfr., Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, e, al riguardo, G. Proia, *Le “collaborazioni organizzate” dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, DRI, 2020. Cfr., anche, M. T. Carinci, *Il lavoro etero-organizzato secondo Cass. n. 1663/2020: verso un nuovo sistema dei contratti in cui è dedotta un’attività di lavoro*, *ivi*, 488.

(43) Cfr., in particolare, il paragrafo 7.2 della citata sentenza n. 113 del 2022.

(44) Cfr. M. Persiani, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, DL, 1998, 203 ss.

(45) Cfr. P. Sandulli, *Lavoro autonomo e parasubordinazione*, *op. cit.*, 1419 ss.

(46) Cfr. M. Pedrazzoli, *Prestazione di opera e parasubordinazione*, RIDL, 1984, I, 515.

(47) Cfr. G. Santoro Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, *op. cit.*, 66 ss.; M. Dell’Olio, *I collaboratori dell’imprenditore*, *op. cit.*, 335.

(48) Mette in luce questo profilo (analogamente a quanto fanno anche gli studi di analisi economica delle relazioni contrattuali) la sempre preziosa ricerca di V. Panuccio, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Giuffrè, Milano, 1959, 97, ove si evidenzia come «ogni obbligazione ha un margine di indeterminatezza, nel senso che la prestazione dedotta in obbligazione, per quanto possa essere precisata dalle parti, è sempre soltanto uno schema necessariamente incompleto di attività futura (praticamente, una attività futura non può essere mai del tutto prevista e predeterminata)».

che, per assolvere la funzione a cui il contratto è destinato, gli elementi non sufficientemente individuati nel contratto vengano specificati nella fase dell'esecuzione mediante l'esercizio del potere che compete al creditore della prestazione, in quanto titolare dell'interesse che la prestazione stessa è diretta a soddisfare⁽⁴⁹⁾.

In particolare, l'esistenza del potere di ingerenza del creditore è stata riconosciuta dalla dottrina in relazione a qualsiasi rapporto di lavoro autonomo⁽⁵⁰⁾, quindi anche nel contratto d'opera avente ad oggetto una prestazione ad adempimento istantaneo. Ancora più specificamente, il potere del committente di impartire istruzioni è previsto dal Codice civile con riferimento a diversi tipi di lavoro autonomo aventi una specifica disciplina⁵¹, e in particolare con riferimento a quel contratto di agenzia⁽⁵²⁾ che il legislatore post codicistico ha assunto come figura paradigmatica dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa⁽⁵³⁾.

Tale ricostruzione, peraltro, è stata confermata anche, per ben due volte, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali, con riferimento ai rapporti di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. (prima della modifica del 2017), hanno avuto modo di evidenziare come si tratti di rapporti caratterizzati dall'assoggettamento «ad ingerenze o direttive altrui»⁽⁵⁴⁾.

8. La legislazione più recente: le limitazioni al lavoro autonomo continuativo e le collaborazioni “organizzate dal committente” quanto alle “modalità di esecuzione”

⁽⁴⁹⁾ Così, ancora, V. Panuccio, *op. cit.*, in particolare 96 (i contratti di durata, essendo caratterizzati da una «indeterminazione essenziale», «per assolvere la funzione a cui sono destinati, debbono essere integrati via via, necessariamente ed insostituibilmente, dalle dichiarazioni determinative del titolare del diritto») e 120 («è giusto che le attività di cooperazione siano dirette e orientate preliminarmente dalla volontà del creditore, il quale come portatore degli interessi protetti è il più legittimato a stabilire in qual modo quelle attività debbano essere svolte perché gli interessi siano meglio garantiti e soddisfatti»).

⁽⁵⁰⁾ Cfr. R. Scognamiglio, *Lezioni di diritto del lavoro*, Cacucci, 1963, 49, secondo cui «in ogni rapporto relativo ad una prestazione di lavoro – anche se autonomo – la posizione attiva del creditore tende ad ampliarsi ed accentuarsi in qualche misura, e correlativamente si aggrava il vincolo del prestatore».

⁽⁵¹⁾ Nel mandato, in particolare, è previsto che il prestatore d'opera deve attenersi alle «istruzioni ricevute», salva soltanto l'ipotesi in cui «circostanze ignote al mandante, e tali che non possano essergli comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione» (art. 1711, co. 2, c.c.). Il potere di impartire “disposizioni” o “istruzioni” è previsto anche nelle sottospecie del mandato, ossia nel contratto di commissione (arg. ex art. 1732, co. 1 e 1735, co. 1, c.c.) e nel contratto di spedizione (art. 1739, co. 1, c.c.).

⁽⁵²⁾ Nel quale è previsto l'obbligo del prestatore di «adempiere l'incarico affidatogli in conformità delle istruzioni ricevute», oltreché di «fornire al preponente le informazioni riguardanti le condizioni del mercato nella zona assegnatagli» (art. 1746 c.c.).

⁽⁵³⁾ Cfr. M. Persiani, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, *op. cit.*, 203 ss.; G. Santoro Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, *op. cit.*, 59; G. Perone, *Il nuovo processo del lavoro*, *op. cit.*, 35. Pienamente d'accordo su tale aspetto, pur nell'ambito di una ricostruzione delle fattispecie contrattuali di lavoro del tutto diversa (sulla quale si veda il par. 10 che segue), V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, 184.

⁽⁵⁴⁾ Così Cass. Sez. Un. 20 gennaio 2017, n. 1545 (punto 3.4); nello stesso senso la sentenza n. 10680 del 1994.

A cavallo del nuovo secolo, sono diventati evidenti (o meglio, più evidenti) due problemi: a) una anomala diffusione dei rapporti di lavoro autonomo continuativo, almeno in parte utilizzati per mascherare lavoro subordinato; b) la necessità di apprestare adeguate tutele per il lavoro autonomo “genuino”, così come costituzionalmente imposto (dagli artt. 3, secondo comma, e 35 primo comma).

A quest’ultimo riguardo, si può registrare una linea di interventi con i quali, sia pure disordinatamente, è stata avviata la costruzione di un sistema che potremmo chiamare di “tutele crescenti”⁽⁵⁵⁾, nel senso che prevede tutele differenziate (e, appunto, di crescente intensità) per il lavoro autonomo “senza aggettivi”⁽⁵⁶⁾, per il lavoro autonomo “continuativo”⁽⁵⁷⁾ e, in modo ancora più specifico, per il lavoro autonomo “continuativo e coordinato”⁽⁵⁸⁾ (confermando così, peraltro, la legittimazione di quest’ultimo).

Allo stesso tempo, però, per rispondere all’esigenza di contrastare il falso lavoro autonomo, il legislatore – non riuscendo a reprimerlo sul piano dell’attività di vigilanza – si è orientato nella direzione di introdurre dei limiti alla libertà dei privati⁽⁵⁹⁾ di instaurare rapporti di collaborazione continuativa non subordinata⁽⁶⁰⁾.

In questo senso, va interpretata la modifica dell’art. 409, n. 3, c.p.c., la quale, stabilendo che “le modalità di coordinamento” devono essere “stabilite di comune accordo dalle parti”, impedisce che nel lavoro autonomo continuativo il committente possa esercitare qualsiasi ingerenza nella fase dello svolgimento del rapporto⁽⁶¹⁾, come invece, in mancanza della modifica, sarebbe consentito dal sistema⁽⁶²⁾.

Nello stesso senso, opera l’art. 2, d. lgs. n. 81/2015, che impone una tendenziale identità di disciplina tra il lavoro subordinato e i rapporti che, pur avendo tratti con esso comuni, sono e restano di lavoro autonomo⁽⁶³⁾. Ed invero, anche se correttamente è stato

⁽⁵⁵⁾ Anche se, ovviamente, in questo contesto, l’espressione non ha nulla a che fare con l’ipocrita definizione del d. lgs. n. 23/2015.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. artt. 2, 3 (commi 1, 2 e 4), 4, 9, 10 e 14 (comma 3) della legge n. 81/2017.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. artt. 3 (comma 1) e 14 (comma 1) l. n. 81/2017.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. art. 15, d. lgs. n. 22/2015, art. 8 (commi 4-7 e 10), l. n. 81/2017, art. 27 ss., l. n. 27/2020.

⁽⁵⁹⁾ La prima disciplina limitativa è individuabile nell’obbligo di ricondurre tali rapporti entro i requisiti e i vincoli previsti dalla disciplina del lavoro a progetto (artt. 61 e segg. d. lgs. n. 276/2003). Ma si veda, anche, l’art. 1, commi 23-26, l. n. 92/2012 (nonché, per le pubbliche amministrazioni, l’art. 7, commi 5-bis e 6, d. lgs. n. 165/2001).

⁽⁶⁰⁾ Sul punto rinvio a G. Proia, *Il lavoratore autonomo continuativo e le collaborazioni “organizzate” tra esigenze di tutela e contrasto agli abusi*, op. cit.; G. Proia, *Le “collaborazioni organizzate” del committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, op. cit., 508.

⁽⁶¹⁾ Si veda, però, M. Persiani, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, ADL, 2015, 6, I, 1257 ss.; U. Carabelli, *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in U. Carabelli, L. Fassina (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Ediesse, 2018, 41 ss.; C. Pisani, *Le collaborazioni coordinate e continuative a rischio estinzione*, in RIDL, 2018, I, pp. 43 ss.

⁽⁶²⁾ Per le ragioni sinteticamente esposte nel paragrafo che precede, e, in particolare, in forza dell’orientamento nomofilattico delle Sezioni Unite, ivi richiamato. In questo senso, il nuovo art. 409, n. 3, c.p.c. può dirsi “asistemático”, come appare evidente anche mettendolo a confronto con l’art. 47-bis, d. lgs. n. 81/2015, di cui si dirà tra breve.

⁽⁶³⁾ Cfr., ancora, Cass. n. 1663 del 2020 e C. Cost. n. 113 del 2022.

osservato che non si tratta di vera identità di disciplina⁽⁶⁴⁾, e ciò conferma la non riconducibilità della fattispecie delle collaborazioni “organizzate” nella fattispecie della subordinazione, l’ampiezza della estensione (alla prima) delle tutele (della seconda) realizza una notevole limitazione della libertà negoziale delle parti che intendono instaurare rapporti di lavoro che subordinati non sono. Tra l’altro, l’accertamento giudiziale della estensione della disciplina del lavoro subordinato implica che l’alterazione del regolamento negoziale voluto dalle parti possa incidere anche sulla posizione debitoria del collaboratore, facendo sorgere a suo carico obbligazioni corrispondenti ai diritti che gli sono riconosciuti⁽⁶⁵⁾.

È chiaro, in altri termini, che la nuova fattispecie delle collaborazioni organizzate è stata creata dal legislatore non per mettere a disposizione dell’autonomia privata un nuovo tipo contrattuale con il quale liberamente regolare le proprie relazioni di lavoro, bensì per rendere imperativamente applicabile la disciplina del lavoro subordinato in quei rapporti nei quali sia incerta o difficoltosa la qualificazione del rapporto all’interno dei tipi legali già esistenti, così però venendo ad alterare anche il regolamento negoziale di contratti di lavoro genuinamente autonomo.

L’effetto limitativo della libertà negoziale è stato, inoltre, accentuato da entrambe le modifiche che il d.l. n.101/2019 ha apportato alla fattispecie delle collaborazioni organizzate.

Da un lato, il riferimento alla prestazione prevalentemente (e non più esclusivamente) personale introduce un elemento che, secondo parte della dottrina⁽⁶⁶⁾, è incompatibile con il tipo legale del lavoro subordinato, e comunque non è comunemente rilevabile nel suo tipo sociale⁽⁶⁷⁾.

Dall’altro, l’eliminazione dell’inciso “anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro” comporta che l’organizzazione del committente (dalla quale è fatta discendere l’assimilazione, *quoad effectum*, del lavoro autonomo continuativo al lavoro subordinato) può riguardare qualsiasi “modalità di esecuzione della prestazione”.

⁽⁶⁴⁾ Sia perché al lavoro subordinato non si applica la disciplina delle collaborazioni organizzate di cui all’art. 2, secondo comma, del d.lgs. n. 81/2015, sia perché l’applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni organizzate è sottoposta pur sempre al limite della “compatibilità”. Sul tema, cfr. R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, WP CSDLE, It. n. 282/2015; A. Maresca, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate (nota a Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663)*, DRI, 2020, n. 1. In senso contrario, M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, WP CSDLE, It. n. 294/2016, 12 ss.; G. Santoro Passarelli, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, op. cit., 7.

⁽⁶⁵⁾ Come, ad esempio, per restare in tema, l’obbligo del rispetto di un orario di lavoro.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclotattori*, op. cit., 44.

⁽⁶⁷⁾ In particolare, mettono in rilievo la difficile conciliabilità della solo prevalente personalità della prestazione con l’applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, C. Pisani, *Le nuove collaborazioni etero-organizzate, il lavoro tramite piattaforme digitali e gli indici presuntivi della subordinazione*, ADL, 2019, 1202; A. Perulli, *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente. Note al d. lgs. n. 81/2015*, RIDL, 2019, III, 163 ss. Di «inedita sovrapposizione» tra «il piccolo imprenditore e la disciplina del lavoro subordinato» parla anche O. Razzolini, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, DRI, 2020, 374.

Riprendendo una valutazione di insieme, quindi, emerge che anche l'indirizzo più recente della legislazione riconosce la configurabilità del lavoro autonomo continuativamente prestato a favore del medesimo committente, ma limita la disponibilità delle parti in ordine alla disciplina applicabile.

Inoltre, e per ciò che più rileva ai nostri fini, emerge un'ulteriore conferma della compatibilità del lavoro autonomo con il potere del committente di "ingerire" sulle "modalità di esecuzione" della prestazione dovuta.

E sottolineo che l'"ingerenza" deriva dall'esercizio di un potere giuridico del committente, e non dalla «portata formattante» della sua organizzazione⁽⁶⁸⁾, non solo perché tale "portata", anche a voler condividere l'opinione che l'ha proposta, sarebbe comunque il risultato dell'esercizio di un potere giuridico di chi crea e modifica l'organizzazione⁽⁶⁹⁾, ma anche perché non è corretto sovrapporre una struttura logica creata dall'interprete al preciso dispositivo normativo, il quale attribuisce rilievo alle modalità di esecuzione che "sono organizzate dal committente" (e non già alle modalità di esecuzione che sono "organizzate" dall'"organizzazione" esistente).

Si deve, allora, ritenere che l'"organizzazione" da parte del committente non è altro che un sinonimo di "ingerenza" o del più utilizzato "coordinamento" (sempre e solo riferito non al contenuto della prestazione, ma alle "modalità di esecuzione"), sinonimo della cui introduzione non si avvertiva alcuna necessità (che, anzi, ha solo creato inutile confusione nel dibattito scientifico), e che è stato utilizzato dal legislatore per individuare la fattispecie nelle quali ha ritenuto necessario operare la già ricordata estensione delle tutele del lavoro subordinato.

Estensione, a mio avviso, non sufficientemente delimitata nel suo campo di applicazione, soprattutto perché, come detto, con le modifiche del d. l. n. 101/2019, essa opera anche in relazione a prestazioni non esclusivamente personali e nelle quali le modalità di tempo e luogo di esecuzione possono essere liberamente determinate dal prestatore.

9. La tutela del lavoro autonomo dei *riders* le cui "modalità di esecuzione" sono determinate mediante piattaforme digitali.

Resta di difficile lettura, per unanime valutazione della dottrina⁽⁷⁰⁾, la disciplina introdotta per la "tutela del lavoro tramite piattaforme digitali" (secondo la rubrica del Capo

⁽⁶⁸⁾ Il riferimento è alle tesi sviluppate da A. Perulli nei suoi numerosi scritti sull'argomento, tra i quali, il già citato *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente. Note al d. lgs. n. 81/2015, op. cit.*, 167.

⁽⁶⁹⁾ Tant'è che anche l'Autore citato nella nota che precede deve comunque rivolgere il suo impegno alla ricerca della natura e dei caratteri distintivi del potere (del committente) dal cui esercizio le modalità di esecuzione delle prestazioni sono organizzate (cfr. ancora, A. Perulli, *op. ult. cit.*).

⁽⁷⁰⁾ Cfr., tra i numerosi contributi, G. Santoro Passarelli, *Il lavoro mediante piattaforme digitali e la vicenda processuale dei riders*, *DRI*, 2021, 1, 111 ss.; F. Carinci, *Il percorso giurisprudenziale sui "rider"*. *Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020*, *ADL*, 2021, 1 ss.; C. De Marco, A. Garilli, *L'enigma qualificatorio dei "riders". Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, *DML*, 2021, 1 ss.; A. Perulli, *Il "rider"*

V-bis, d. lgs. n. 81/2015, inserito dallo stesso d. l. n. 101/2019), ma in realtà destinata a regolare i rapporti dei soli *riders* “lavoratori autonomi” (come chiarisce il primo comma dell’art. 47-bis).

Senza richiamare qui tutti i problemi interpretativi che essa pone, ciò che va evidenziato ai nostri fini è, ancora, l’ennesima, esplicita conferma della compatibilità del lavoro autonomo con l’ingerenza da parte del committente, essendo espressamente precisato che questi può determinare, mediante le piattaforme digitali da lui utilizzate, “le modalità di esecuzione della prestazione” (art. 47-bis, secondo comma).

Lo studioso del diritto positivo non può “derubricare” una tale disposizione al rango dell’irrelevanza, anche perché essa è pienamente coerente con il sistema nel suo complesso, e cioè, come detto, sia con le disposizioni del Codice civile che riconoscono nei contratti di lavoro autonomo aventi una disciplina “particolare” nel Libro IV un potere del committente di impartire istruzioni ed ordini al prestatore d’opera, sia con la elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che riconosce un analogo potere del committente in tutti i contratti di lavoro autonomo, anche laddove esso non sia espressamente previsto dalla legge⁽⁷¹⁾.

Peraltro, la pur plausibile proposta di considerare il Capo V-bis, d. lgs. n. 81/2015 riferito alla sola ipotesi del *rider* che presta di volta in volta un singolo *opus*⁽⁷²⁾ non incide su un ulteriore rilievo che è comunque ricavabile da tale disciplina, ossia il rilievo preminente che essa riconosce non all’adempimento istantaneo dell’*opus*, bensì al “lavoro” in sé, allo svolgimento del “rapporto” ed alle sue modalità “temporali”.

Basti richiamare al riguardo: il riferimento al “contratto di lavoro” e al “rapporto di lavoro” (art. 47-ter, primo e terzo comma); la previsione del diritto dei lavoratori di “ricevere ogni informazione utile per la tutela dei loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza” (art. 47-ter, primo comma); il riconoscimento al lavoratore di una indennità risarcitoria commisurata (“di entità non superiore”) ai compensi percepiti “nell’ultimo anno”, nel caso di mancanza della prova scritta del contratto di lavoro o di violazione del diritto alle informazioni di cui si è detto (art. 47-ter, secondo comma). Inoltre, dal difetto della stipula del contratto scritto deriva anche il diritto ad un “compenso minimo” determinato non in base all’adempimento dell’opus bensì all’“orario” (art. 47-quater, secondo comma), fermo restando, in ogni caso, il diritto ad un’indennità integrativa per il “lavoro” svolto in tempi e condizioni disagiate (art. 47-quater, terzo comma).

di Glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione, e libertà, Nota a sentenza Tribunale civile Palermo sezione lavoro 24 novembre 2020, n. 3570, ADL, 2021, 1, 37 ss.; A. Riccobono, *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei “riders”: una “pedalata” verso la subordinazione*, RGL, 2021, II, 241, ss.

⁽⁷¹⁾ Cfr. par. 7.

⁽⁷²⁾ Cfr. G. Santoro Passarelli, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, op. cit., 10; A. Perulli, *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, WPCSDLE, 410/2020, 60; O. Mazzotta, *L’inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, Labor, 2020, 1, 25. Si veda, però, F. Carinci, *L’art. 2 d. lgs. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, LDE, 2020, 1, 20; P. Passalacqua, *Spunti della sentenza della Cassazione sui ciclofattorini di Foodora*, MGL, 2020, 158.

10. “Continuità” di fatto, “alienazione” del tempo e “disponibilità”

Se la “continuità” (in senso giuridico) della prestazione non è elemento idoneo a demarcare il confine tra lavoro subordinato e lavoro autonomo⁽⁷³⁾, non lo è, *a fortiori*, nemmeno l’elemento della “continuità” (di fatto), pur variamente declinato in termini di alienazione del tempo di vita⁽⁷⁴⁾, dello “stare” o del “mettersi a disposizione”⁽⁷⁵⁾, o come indice dell’inserimento nell’impresa⁽⁷⁶⁾.

Al riguardo, nel fare rinvio alle condivisibili obiezioni che a tali concezioni sono state già mosse⁽⁷⁷⁾, mi limito a ricordare, sotto il profilo della rilevanza del tempo in sé considerato, come lo svolgimento di attività lavorativa possa essere ricondotto nella fattispecie della subordinazione anche in rapporti di brevissima durata (si pensi al cameriere “*extra*” dei servizi di ristorazione e alle prestazioni discontinue nel lavoro intermittente), mentre servizi prestati dal lavoratore autonomo possono essere stabilmente utilizzati per integrare l’organizzazione del committente⁽⁷⁸⁾. Si ripropone qui l’esempio del tecnico informatico che, nell’ambito di un contratto di assistenza (sia se implicante un *facere* continuativo sia se implicante la mera reiterazione di *opera*), si obblighi ad effettuare tanti interventi quanti «verranno richiesti o si renderanno necessari durante il rapporto» (per usare le parole di Giorgio Oppo)⁽⁷⁹⁾, essendo, peraltro, compatibile con la natura autonoma di tale incarico anche l’ulteriore obbligo di effettuare l’intervento entro un determinato tempo dalla richiesta del committente. Ed ancora, può rilevarsi che pure l’agente di commercio pone, sociologicamente, le proprie energie e il proprio tempo al servizio dell’impresa del preponente, ma ciò che ne fa, giuridicamente, un lavoratore autonomo è il diverso potere che il creditore della prestazione esercita sull’esecuzione di quest’ultima.

⁽⁷³⁾ Cfr., par. n. 4 e n. 6.

⁽⁷⁴⁾ Si veda, nell’ambito di una ricostruzione volta ad individuare nel tempo “*la sostanza oggettiva del contratto*”, V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, 188. Il riferimento alla “*disponibilità del comportamento del lavoratore nel tempo*” è, da ultimo ripreso da O. Razzolini, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, *op. cit.*, 36 ss., anche al fine di individuare il *discrimen* tra lavoro subordinato e collaborazioni organizzate.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. M. Grandi, voce *Rapporto – II) Rapporto di lavoro*, *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, 1987, 313 ss.; E. Ghera, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Percorsi di diritto del lavoro*, a cura di D. Garofalo - M. Ricci, Cacucci, 2006, 323 ss.; U. Carabelli, *Subordinazione, organizzazione e nuovi modelli di lavoro: una rilettura del vincolo collaborativo di cui all’art. 2094 c.c.*, *ivi*, 347 ss.

⁽⁷⁶⁾ Cfr., sulle origini della fortunata teorica di derivazione tedesca, ripresa dalla dottrina successiva in diverse e nuove prospettive, P. Greco, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, 1939, 57 ss.

⁽⁷⁷⁾ Si vedano L. Spagnuolo Vigorita, *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, *RDC*, 1969, I, 545 ss.; P. Ichino, *Contratto di lavoro*, *op. cit.*, 271 ss. In particolare, sotto il profilo che il dato normativo presuppone una effettiva prestazione di lavoro, G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, *Giuffrè*, 1965, 39 ss., e, sotto il profilo della necessità della determinatezza (o determinabilità) dell’oggetto contrattuale, G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, *Jovene*, 1963, 229 ss.

⁽⁷⁸⁾ Dal che, peraltro, deriva anche la obiezione alla tesi della cd. “*doppia alienità*”, posto che anche nei contratti di cui trattasi, aventi ad oggetto la prestazione di attività, è configurabile l’acquisizione originaria del prodotto del lavoro da parte del creditore della prestazione (cfr. P. Ichino, *Il tempo di lavoro*, *op. cit.*, 56).

⁽⁷⁹⁾ Ricordate nella nota n. 16.

Soprattutto, le concezioni dalle quali si dissente appaiono riduttive (e, quindi, inadeguate) perché, se dal contratto di lavoro deriva *anche* un obbligo di disponibilità, questa è solo una componente della principale obbligazione contrattuale, che ha ad oggetto non la mera “cessione di tempo”, bensì la prestazione di lavoro subordinato.

Più in generale, quelle concezioni, legate ad un’idea del lavoro come “espropriazione” del tempo di vita del lavoratore, non considerano che l’originario modello capitalistico di produzione, che certo non è venuto meno e si è semmai trasformato e per tanti versi rafforzato, è stato da tempo ricondotto dagli ordinamenti più evoluti all’interno di sistemi di economia sociale di mercato che, sia pure in una laboriosa e difficile opera di bilanciamento, assegnano al lavoro un senso giuridico ben diverso da quello delle origini.

Per restare al nostro ordinamento, il lavoro non può essere ridotto a tempo “espropriato” alla persona, in quanto esso è, prima di tutto, il fondamento della Repubblica e il motore della emancipazione individuale e del progresso della intera collettività (artt. 1, 3 co. 2, e 4, co. 2, Cost.). Per concretizzare questi principi fondamentali, alla persona è riconosciuto il diritto a che le istituzioni pubbliche promuovano la sua occupazione ed a che l’esercizio dell’impresa non comprometta la sua “*libertà, dignità e sicurezza*” (art. 4, co. 1, e 41, co. 2, Cost.).

Dal contratto di lavoro subordinato, dunque, non deriva solo l’obbligo di lavorare, ma anche il *diritto* di lavorare, in quanto strumento di emancipazione, di esplicazione della personalità e di affermazione della dignità del lavoratore.

Dunque, si può discutere della efficacia delle misure con le quali la legge ordinaria realizza il disegno costituzionale, proporre un diverso bilanciamento degli interessi del lavoro e di quelli dell’impresa, realizzare una diversa disciplina dei tempi di lavoro, promuovere un progresso più marcato nell’opera di conciliazione di questi con i tempi di vita. Ma non si può dubitare che proprio la concezione che intende circoscrivere il significato del lavoro alla semplice messa a disposizione di energie risulta largamente inadeguata ai nuovi valori fatti propri dalla Costituzione e dalla stessa coscienza sociale.

Né tali considerazioni possono essere superate traendo spunto dall’incremento dei tempi di disponibilità che, pur non essendo riconosciuti come “orario di lavoro effettivo”⁽⁸⁰⁾, sono richiesti al lavoratore subordinato da quegli indirizzi di politica legislativa che hanno rafforzato i poteri di distribuzione e di variazione dell’orario di lavoro effettivo⁽⁸¹⁾.

Come tutte le obbligazioni tipiche dei contratti regolati dalla legge, è la legge stessa e (entro gli schemi e i limiti da essa individuati) l’autonomia negoziale che individuano la prestazione oggetto del contratto. Dunque, è il diritto (e solo il diritto) che valuta l’eventuale

⁽⁸⁰⁾ La cui nozione, peraltro, è costantemente sottoposta al “controllo” della Corte di Giustizia (cfr., da ultimo, la sentenza 28 ottobre 2021, C. 909-19).

⁽⁸¹⁾ Cfr., ancora, V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, *op. cit.* 225 ss. Comunque, per una valutazione di tale evoluzione della legge, si rinvia al paragrafo che segue.

rilevanza giuridica dei tempi di disponibilità richiesti al lavoratore⁽⁸²⁾. Ed è sempre il diritto (e solo il diritto) che stabilisce quando la disponibilità sia lavoro effettivo, oppure quando, pur non essendo tale, sia idonea a produrre altri effetti giuridici, oppure, infine, quando non abbia alcun rilievo giuridico⁽⁸³⁾.

Del resto, *mutatis mutandis*, lo stesso principio vale per la nozione di tempo libero. Se gli studi filosofici e sociologici ne propongono le definizioni più svariate⁽⁸⁴⁾, per il diritto (più precisamente: per il diritto del lavoro) quella nozione coincide con l'insieme dei tempi sottratti all'obbligazione di lavorare che sono previsti dalle fonti eteronome (norme europee, diritto interno e contrattazione collettiva)⁽⁸⁵⁾ e da eventuali accordi individuali, fermo restando che durante tali tempi possono operare altre obbligazioni del lavoratore che non pregiudichino il riposo e che diano luogo a meccanismi compensativi⁽⁸⁶⁾.

Diversamente ragionando, ossia ove si prescindano dalle valutazioni operate dall'ordinamento, ogni discorso sui tempi di disponibilità volto ad estendere (o ad assorbire in essi) la nozione di "lavoro effettivo" si traduce o nel richiamo ad un concetto indistinto, ovvero in una pur legittima richiesta di adeguamento del diritto positivo⁽⁸⁷⁾.

11. La disponibilità e la variabilità dei tempi di lavoro

In effetti, dallo tsunami dei rivolgimenti prodotti dalla globalizzazione e dal progresso tecnologico, uno degli effetti più appariscenti è la frantumazione della tendenziale uniformità e fissità degli orari di lavoro. In particolare, è emerso un significativo incremento della variabilità (nel *quantum* e nella collocazione) dei tempi di svolgimento della prestazione (consentita dalle riforme degli ultimi decenni) e la "porosità" della linea di demarcazione tra

⁽⁸²⁾ E di ciò, del resto, dà correttamente atto anche Bavaro quando ricorda che l'effettività del lavoro «non è un connotato in rerum natura del tempo dedotto nel contratto ma è un dispositivo normativo» (cfr. V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di "tempo del lavoro" (a proposito di ciclofattorini)*, *Labor*, 2020, 685).

⁽⁸³⁾ Cfr. V. Ferrante, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, *op. cit.*, 248, secondo cui «ove dunque si collochi la questione nella giusta prospettiva, apparirà chiaro come il legislatore, nella sua opera di definizione normativa del tempo di lavoro, non possa spingersi oltre la nozione di prestazione, quale attività che determina la soluzione dell'obbligazione».

⁽⁸⁴⁾ Come ben evidenziato da A. Occhino, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, *op. cit.*, 8 ss.

⁽⁸⁵⁾ Nello stesso ordine di idee, A. Occhino, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, *op. cit.*, 16; V. Ferrante, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, *op. cit.*, 172; E. Gagnoli, *Tempo e contratto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, 467 ss., che ha coniato la suggestiva espressione di «tempo vuoto».

⁽⁸⁶⁾ Come nel caso della cd. "reperibilità", o della "disponibilità" prevista in una delle due versioni del contratto di lavoro intermittente. Con riferimento al tempo coinvolto da tali ultime obbligazioni, e solo con riferimento ad esso, si può parlare di un "tempo terzo" giuridicamente rilevante che non è né di lavoro effettivo né tempo (completamente) libero. Al riguardo, G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolamentazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, *op. cit.*

⁽⁸⁷⁾ E qui si incrocia la prospettiva *de iure condendo* dei tempi "chois" e dei tempi "liberati" delle obbligazioni di lavoro (cfr. A. Supiot, *Temps de travail: pour une concordance des temps*, *DS*, 1995, 947 ss.; Id., *Au delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Dalloz, 1999; Id., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, *DRI*, 2000, 2, 217 ss.)

tempo di lavoro e tempo di non lavoro (favorita dalle potenzialità insite nei nuovi strumenti telematici ed elettronici)⁽⁸⁸⁾.

Tuttavia, se da ciò deriva una pericolosa insidia per gli spazi di vita privata del lavoratore e per i diritti ad essa collegati, non ne consegue anche una alterazione della funzione del tempo nella struttura obbligatoria del contratto di lavoro. L'evoluzione della legge, invero, realizza semplicemente un diverso rapporto tra le fonti eteronome e l'autonomia privata individuale, rafforzando nel complesso il potere del datore di lavoro⁽⁸⁹⁾ relativo alla gestione temporale della prestazione di lavoro. Ma la natura del potere datoriale non ne esce qualitativamente modificata, così come non viene alterata la natura dello stato di soggezione del lavoratore, che nasce dal contratto e resta individuato dall'assetto delle obbligazioni che ne derivano.

Peraltro, non è neppure esatto “leggere” l'evoluzione dell'ordinamento esclusivamente nei termini di mero incremento della “disponibilità” del tempo da parte dell'impresa. Anzitutto, per una valutazione complessiva, non ci si deve limitare a considerare i profili più discussi del d.lgs. n. 66 del 2003, quali il limite solo indiretto alla durata massima dell'orario giornaliero, il calcolo multiperiodale dell'orario settimanale, e le conseguenze che ne derivano sul ricorso allo straordinario. Si deve anche considerare che tali elementi di flessibilità “pro impresa” si inseriscono in un contesto evolutivo che ha significativamente ridotto la quantità della prestazione di lavoro dovuta (passando dalle 48 ore settimanali del 1923 alle 40 ore del 1997 nonché incrementando la durata minima legale delle ferie (art. 10 d. lgs. n. 66/2003).

Soprattutto, va considerato che il rafforzamento del potere del datore di lavoro di variare il *quantum* e il *quando* della prestazione si colloca nell'ambito di un quadro legale che, non diversamente dal passato, sottopone quel potere ad una “rete” di limiti, la quale, inoltre, è “affiancata”, più che nel passato, dal riconoscimento dei diritti della persona del lavoratore, secondo una linea direttrice che, nel complesso, è di sicuro progresso. Linea direttrice che, da ultimo, si avvia ad introdurre una disciplina dei diritti di informazione in materia di condizioni contrattuali, la quale, anche nel caso in cui il rapporto di lavoro sia caratterizzato da modalità organizzative in gran parte o interamente imprevedibili, obbliga il datore di lavoro ad indicare preventivamente le fasce orarie di giorni specificati durante le quali le prestazioni saranno svolte, nonché il periodo minimo di preavviso a cui il lavoratore ha diritto prima dell'inizio della prestazione lavorativa⁽⁹⁰⁾.

In sostanza, mentre all'origine i riposi del lavoratore erano probabilmente «stabiliti all'esclusivo fine di rigenerare le energie dei lavoratori in vista della successiva ripresa

⁽⁸⁸⁾ Per un esame approfondito e puntuale, si rinvia agli articoli pubblicati su fascicolo della Rivista.

⁽⁸⁹⁾ Già riconosciuto dagli artt. 2086, 2094 e 2104 c.c. (cfr. V. Ferrante, *Il tempo di lavoro*, op. cit., 272 ss.). Si veda, però, di diverso avviso, P. Ichino, *Il tempo della prestazione*, op. cit., 143 ss. Dubbi anche da A. Topo, *Spunti per una disciplina unitaria del tempo di lavoro (tempo pieno e tempo parziale a confronto)*, LG, 2005, 213 ss.

⁽⁹⁰⁾ Così, in attuazione della direttiva 2019/1152/UE, l'art. 4, lett. a), dello schema di decreto legislativo trasmesso alla Presidenza della Camera dei deputati il 1° aprile 2022.

dell'attività lavorativa»⁽⁹¹⁾, lo sviluppo successivo della legislazione è ispirato non solo ai principi di tutela della salute e della sicurezza del lavoratore⁽⁹²⁾, ma anche all'obiettivo di promuovere ulteriori interessi personali del lavoratore stesso, e di garantire i tempi di libertà dal lavoro.

È stata, così, introdotta, e gradualmente incrementata, una serie di diritti a congedi, permessi ed aspettative giustificati da interessi ed esigenze personali del lavoratore⁽⁹³⁾. In particolare, in relazione al ruolo che la persona occupa nella famiglia, si è passati dalla sola tutela della lavoratrice madre (l. n. 1204/1971) alla tutela dei lavoratori che assistono persone disabili (l. n. 104/1992) per poi avviare una più ampia politica diretta alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, (l. n. 53/2000 e d. lgs. n. 80/2015), che, pur ritenuta da molti insufficiente⁽⁹⁴⁾, ha già registrato significativi avanzamenti⁽⁹⁵⁾, anche nella prospettiva di realizzare in positivo (e, quindi, non solo mediante la fissazione di limiti al potere datoriale) la “liberazione” del tempo di vita dalle obbligazioni di lavoro⁽⁹⁶⁾.

Si aggiunga che, rispetto a ciascuno di questi segmenti del quadro legale, condizioni ulteriormente migliorative sono state introdotte dalla contrattazione collettiva, nell'esercizio della funzione che tradizionalmente le è propria (si veda, ad esempio, la diffusa previsione, in molte categorie contrattuali, dell'orario di lavoro “concentrato” o delle clausole di “flexitime” per l'inizio e la fine dell'orario di lavoro).

Allo stesso modo, non va trascurato di considerare l'essenziale funzione di controllo che è istituzionalmente svolta dalla giurisprudenza, la quale assicura, in sede applicativa, la verifica del corretto esercizio del potere datoriale nel caso di modifica dell'orario di lavoro, facendo ricorso al diritto anti-discriminatorio, ai principi generali di tutela della personalità morale e fisica del lavoratore (in particolare, al precetto dell'art. 2087 c.c.) e ai canoni della

⁽⁹¹⁾ E, quindi, «in funzione della conservazione della capacità e possibilità di adempiere»: così C. Cester, *Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica?*, *QDLRI*, 1995, 11.

⁽⁹²⁾ Cfr. E. Balletti, *I limiti temporali della prestazione di lavoro*, *RGL*, 1991, I, 31 ss.; P. Sandulli, *Orario di lavoro. I) Rapporto di lavoro privato*, *EGT*, 1991.

⁽⁹³⁾ Cfr., tra gli altri, artt. 4 e segg., l. n. 53/2000.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. S. Cairoli, *Tempi e luoghi di lavoro*, *op. cit.*, 197 ss.

⁽⁹⁵⁾ Si veda, da ultimo, in attuazione, della dir. 2019/1158/UE del Parlamento europeo e del Consiglio l'art. 1, co. 134, l. n. 234/2021 (che ha stabilizzato la misura del congedo di paternità, per dieci giorni) e la legge 7 aprile 2022, n. 32, avente ad oggetto la delega al Governo «per il sostegno e la valorizzazione della famiglia» (in particolare, artt. 3 e 4). Sul tema, sempre da ultimo, S. Scarponi, *Work life balance fra diritto UE e diritto interno*, *WP CSDLE*, It. n. 156/2021. Sulla essenzialità anche della costruzione di servizi pubblici di sostegno alle attività di cura e di assistenza, S. Borelli, *Who cares? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura della persona*, Jovene, 2020.

⁽⁹⁶⁾ Ad esempio, sul diritto del lavoratore di conoscere i turni di servizio con un ragionevole anticipo, cfr. Cass. 6 dicembre 2019, n. 31957; Cass. 3 settembre 2018, n. 21562; Cass. 28 maggio 2008, n. 13967. Tale verifica, ovviamente, ha un ruolo essenziale anche in relazione al trattamento spettante al lavoratore in relazione ai vincoli che non si traducono in una diretta prestazione di lavoro, (cfr., ad esempio, da ultimo, Cass. 13 ottobre 2021, n. 27920)

⁽⁹⁶⁾ Sul “tempo liberato”, cfr. C. Cester, *Lavoro e tempo libero*, *op. cit.* 10; G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, cit.; F.M. Putaturo Donati, *Flessibilità oraria e lavoro subordinato*, Giappichelli, 2005; R. Santucci, *La work life balance per la valorizzazione delle diversità culturali e di genere tra tempi di lavoro e di riposo nel contratto di lavoro. Diversità culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, Franco Angeli, 2009, 337 ss.

correttezza e della buona fede, i quali pure costituiscono argini contro l'abuso di quel potere⁽⁹⁷⁾.

Anche sotto il profilo della “densità” della prestazione di lavoro all'interno delle singole unità di tempo, le spinte alla intensificazione (derivate anch'esse, in particolare, dalle potenzialità insite nelle nuove tecnologie) trovano “limiti” e “bilanciamento” nella regolamentazione normativa, recente e meno recente: dalle norme codicistiche e contrattuali sui limiti e sul trattamento del lavoro a cottimo (art. 2100 e 2101 c.c.) all'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 3, l. n. 604/1966 in materia di scarso rendimento⁽⁹⁸⁾; dalle disposizioni che vietano i controlli pervasivi da parte del datore di lavoro (art. 4, l. n. 300/1970), sino agli interventi di natura previdenziale per i lavori usuranti⁽⁹⁹⁾. Il tutto senza precludere, *de iure condendo*, l'opportunità di nuove risposte ai tanti problemi ancora aperti (quale, per restare alla stretta attualità, l'esigenza di rendere effettivo il diritto alla disconnessione dai *devices* elettronici e telematici, in particolare per tutti i lavoratori che operano “da remoto”).

12. Segue: anche in relazione ai contratti di lavoro non standard

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento ai diversi modelli di lavoro subordinato non *standard* che sono stati introdotti al medesimo fine di regolare flessibilmente il tempo della prestazione.

In particolare, tanto per il contratto di lavoro a tempo parziale quanto per il contratto di lavoro intermittente, appare chiaro che la questione qualificatoria riguarda soltanto la classificazione tra i rapporti speciali o tra i “sottotipi”⁽¹⁰⁰⁾, fermo restando che entrambi i “corni” dell'alternativa presuppongono pur sempre la riconducibilità nella generale fattispecie del lavoro subordinato⁽¹⁰¹⁾. Riconducibilità ugualmente evidente per il lavoro agile, che la stessa legge definisce semplice “modalità di svolgimento” del rapporto di lavoro subordinato.

Ciò che è dato registrare, quindi, non è la “detipizzazione” del contratto di lavoro previsto e regolato dagli artt. 2094 ss. c.c., bensì una progressiva “destandardizzazione”

⁽⁹⁷⁾ Cfr. V. Ferrante, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, *op. cit.*, 286 ss. Si veda, anche, A. Allamprese, *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, *ADL*, 2007, I, 349 ss.; V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, 268 ss.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. Cass. 5 dicembre 2018, n. 31487; Cass. 22 novembre 2016, n. 23735; Cass. 9 luglio 2015, n. 14310.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. d. lgs. n. 67/2011; art. 1, co. 206 e 207, l. n. 232/2016; art. 1, co. 147 ss., l. n. 205/2017.

⁽¹⁰⁰⁾ Alternativa che è variamente risolta, peraltro, in conseguenza dell'adozione di diversi criteri di individuazione dei due diversi schemi classificatori.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. M. Napoli, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in Id., *Questioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, 1996, 18; M. Brolo, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Jovene, 1991, 59 ss. Sulla più controversa questione che riguarda la versione del contratto di lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata, A. Perulli, *Il lavoro intermittente*, in Id. (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, 2004; M. Napoli, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme. Atti Aidlass*, Giuffrè, 2004, 276.

della disciplina applicabile⁽¹⁰²⁾. In altri termini, anche le deviazioni di disciplina più rilevanti non incidono sulla nozione di subordinazione.

Per quanto riguarda specificamente i profili regolatori che “*impattano*” sul tempo, si può più puntualmente affermare che essi non incidono sulla natura dei poteri del datore di lavoro riconosciuti dalla disciplina generale (art. 2094, 2104, 2105 e 2106 c.c.) e del corrispondente stato di soggezione contrattuale del prestatore di lavoro.

Semplicemente, quei poteri – e, in particolare, il potere di specificare il tempo di esecuzione della prestazione – vengono adattati agli obiettivi di volta in volta perseguiti dal legislatore, sempre in una prospettiva di bilanciamento di interessi. E così, all’obbligo di puntuale indicazione della durata e della collocazione temporale dell’orario del *part time*, costituzionalmente imposto dalla Corte costituzionale⁽¹⁰³⁾, si giustappone la disciplina delle clausole elastiche e del lavoro supplementare, che intende soddisfare le esigenze dell’impresa di variazione dell’orario contrattuale, in una logica di contemperamento con il contrapposto interesse del datore alla programmabilità del tempo di non lavoro⁽¹⁰⁴⁾.

Contemperamento estremamente difficile e complesso, come è testimoniato dalle ripetute modifiche della disciplina in questione, che – alla ricerca di una necessaria coerenza ai principi dettati dalla richiamata giurisprudenza costituzionale – costruisce attorno al potere di variazione dell’orario di lavoro un articolato “microsistema” protettivo, attraverso la fissazione di condizioni per il suo esercizio, la previsione di misure compensative per il lavoratore⁽¹⁰⁵⁾ e l’inflizione di sanzioni in caso di abuso, sino a prevedere, per le violazioni più gravi, la “rifluenza” del *part time* nell’ordinario rapporto di lavoro a tempo pieno. Un modello, questo, che è esattamente replicato anche nel contratto di lavoro intermittente⁽¹⁰⁶⁾.

Dalla disciplina del lavoro agile, invece, il potere del datore di lavoro sul tempo della prestazione non esce, di per sé, rafforzato, essendo anzi previsto che tale “*modalità di esecuzione*” del rapporto si svolga “senza precisi vincoli di orari o di luogo di lavoro”⁽¹⁰⁷⁾ e che, nelle “ambizioni” del legislatore, esso dovrebbe dare spazio a quel lavorare “per

⁽¹⁰²⁾ Cfr. G. Proia, *Flessibilità e tutela «nel» contratto di lavoro subordinato*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle Giornate di studio Aidlass, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Giuffrè, 2003.

⁽¹⁰³⁾ Con la nota sentenza n. 210/1992.

⁽¹⁰⁴⁾ Sulle potenzialità del *part time* nella prospettiva del *work-life balance*, S. Scarponi, *Rapporti ad orario ridotto e promozione dell’eguaglianza. Introduzione*, LD, 2005, 192.

⁽¹⁰⁵⁾ Sulla funzione della tecnica delle misure compensative, L. Mengoni, *I poteri dell’imprenditore*, ora in *Diritti e valori*, Il Mulino, 1985, 389.

⁽¹⁰⁶⁾ In relazione al quale, peraltro, è appena il caso di rilevare come, nella versione che prevede l’obbligo di disponibilità alla chiamata, il tempo di disponibilità, pur non configurando rapporto di lavoro subordinato, fa sorgere il diritto ad una specifica misura compensativa (al riguardo, cfr. F. Lunardon, *Il lavoro intermittente*, in L. Fiorillo - A. Perulli, *Il nuovo diritto del lavoro, I contratti di lavoro subordinato e autonomi*, Giappichelli, 2021, 37 ss.; R. Santucci, *Il lavoro intermittente: un modello contrattuale inutilizzato (e inutilizzabile) di lavoro iperflessibile?*, in *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, a cura di M. Rusciano - L. Zoppoli, Editoriale Scientifica, 2006, 401 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. art. 18 l. n. 81/2017.

obiettivi” che gli esperti di organizzazione ritengono essere una caratteristica diffusa anche all’interno della variegata galassia della subordinazione⁽¹⁰⁸⁾.

Ma l’esperienza dei pochi anni di vita del lavoro agile, e in particolare l’esperienza della pandemia, ha evidenziato – com’era prevedibile – un significativo “distanziamento” tra il modello legale e la sua concreta applicazione e in particolare segnala il rischio delle insidie che possono derivare dagli effetti combinati che risultano (da un lato) dalla previsione dell’applicabilità dei “soli limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale”, e (dall’altro lato) dalla mancanza di specifiche garanzie del “diritto alla disconnessione” dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro normalmente (ma non necessariamente) utilizzate⁽¹⁰⁹⁾.

13. Considerazioni finali

Si può ora trarre i fili dell’ordito tessuto. Partendo dall’ultimo dei temi esaminati⁽¹¹⁰⁾, si può affermare che se il lavoro subordinato è anche (ma non solo) espropriazione della libertà del tempo del lavoratore, la risposta da parte dell’ordinamento è quella di bilanciare quell’espropriazione con la contrapposta istanza di «riappropriazione»⁽¹¹¹⁾, seguendo un processo – chiaramente visibile dal punto di vista storico – di riduzione degli orari di lavoro, di riconoscimento di diritti a congedi, permessi e aspettative per soddisfare esigenze personali del lavoratore, nonché, nell’ultima fase evolutiva, con l’avvio di politiche di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

In questo contesto, le tesi che attribuiscono esclusivo rilievo tipizzante alla “disponibilità” del tempo del lavoratore appaiono sempre più inadeguate, sia perché non tengono conto del valore costituzionale del lavoro (che non può essere degradato a mera alienazione di “tempo” o di “energie”), sia perché, conseguentemente, dal contratto di lavoro deriva non solo l’obbligazione di lavorare, ma anche il diritto di lavorare e di esprimere la propria professionalità (sia pure nei nuovi limiti previsti dall’art. 2103 c.c.).

Allo stesso modo, non ha rilievo decisivo né la continuità “*di fatto*” dell’attività lavorativa né l’osservanza “*di fatto*” di un orario di lavoro, poiché tali elementi possono non ricorrere in taluni rapporti di lavoro subordinato (come può accadere, quanto all’assenza di obbligo di orario, nel caso del lavoro agile e nel caso dei lavoratori di cui all’art. 17, co. 5, d. lgs. n. 66/2003, e, quanto alla mancanza di continuità di fatto, nel caso del contratto di lavoro intermittente)⁽¹¹²⁾. E, soprattutto, entrambi gli elementi sono compatibili con il lavoro autonomo, come ora si ha conferma anche dal nuovo art. 409, n.

⁽¹⁰⁸⁾ Sul lavoro agile, «quale punto di contatto tra worklife balance e worklife blending», S. Cairoli, *Tempi e luoghi di lavoro, op. cit.*, 215 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. A.R. Tinti, *Il lavoro agile e i rischi della conciliazione virtuale*, WP CSDLE, It. n. 419/2020.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. par. 10 e 11.

⁽¹¹¹⁾ Come giustamente osserva R. De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro, op. cit.*, 4.

⁽¹¹²⁾ Sulla configurabilità della subordinazione anche nei rapporti di brevissima durata, G. Giugni, *Mansioni e qualifica, op. cit.*, 60 ss.

3, c.p.c. che consente alle parti del rapporto di collaborazione continuativa (e non subordinata) di stabilire di comune accordo le “modalità di coordinamento”, ivi comprese, quindi, le coordinate di tempo della prestazione. E, del resto, anche ai soli fini dell’assimilazione di disciplina al lavoro subordinato, è significativo che dalla fattispecie delle collaborazioni eterorganizzate sia stata eliminata la specifica condizione che l’organizzazione del committente riguardi necessariamente “*anche*” le modalità di tempo di esecuzione della prestazione⁽¹¹³⁾.

Le stesse indicazioni, peraltro, provengono dall’esame della recente proposta di direttiva relativa al lavoro mediante piattaforme digitali⁽¹¹⁴⁾, con la quale si intende introdurre una presunzione di “rapporto di lavoro” fondata sulla sussistenza del “controllo dell’esecuzione della prestazione di lavoro”, precisando che tale “controllo” è deducibile dalla presenza di almeno due dei cinque “elementi” fissati dalla proposta stessa⁽¹¹⁵⁾.

Ai fini del nostro tema⁽¹¹⁶⁾, rileva il fatto che l’elemento del “tempo” non è considerato dalla proposta di direttiva facendo riferimento alla continuità della prestazione di lavoro, bensì alla “effettiva limitazione, anche mediante sanzioni, della libertà di organizzare il proprio lavoro, in particolare della facoltà di scegliere l’orario di lavoro o i periodi di assenza, di accettare o rifiutare incarichi o di ricorrere a subappaltatori o sostituti”. E, ancor di più, rileva che il “tempo” è considerato solo da uno dei cinque elementi, cosicché la sua presenza risulta, per definizione, non necessaria per la configurabilità del rapporto di lavoro (potendo questo risultare da due degli altri quattro elementi).

Né un valido discrimine tra subordinazione e autonomia può essere individuato nella “continuità” giuridica della prestazione e nella distinzione tra contratti ad adempimento istantaneo e contratti ad adempimento continuativo. Come si è evidenziato⁽¹¹⁷⁾, tale distinzione, utile sul piano dogmatico, non riesce a risolvere la questione della qualificazione dei rapporti di lavoro, esponendosi ad obiezioni analoghe a quelle mosse alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

La classificazione dei contratti di durata, che è stata richiamata all’inizio, si fonda, infatti, su una nozione di “prestazione dovuta” nel contratto d’opera, che è identificata in ragione del risultato. E così, posto che il risultato dell’obbligazione non può essere confuso con l’*opus* inteso in senso materiale (che può mancare del tutto)⁽¹¹⁸⁾, e che l’obbligazione del

⁽¹¹³⁾ Pur a voler ritenere che quell’“*anche*” non significasse “*necessariamente*”, resta che l’eliminazione dello specifico riferimento al “*tempo*” comporta che l’organizzazione da parte del committente delle modalità temporali di esecuzione della prestazione non ha rilievo esclusivo ai fini della qualificazione della fattispecie dell’art. 2, primo comma, d.lgs. n. 66/2003.

⁽¹¹⁴⁾ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio “*relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro sul lavoro mediante piattaforme digitali*”, del 9 dicembre 2021.

⁽¹¹⁵⁾ Tra i primi commenti, si veda M. Barbieri, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, *q. Riv.*, 2021, n. 2.

⁽¹¹⁶⁾ Sul più ampio tema della nozione di lavoratore subordinato nell’ordinamento europeo, v., per tutti, S. Giubboni, *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell’Unione europea*, *RDSS*, 2018, 210.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. par. 4.

⁽¹¹⁸⁾ Come nel caso delle prestazioni di servizi aventi ad oggetto la fornitura di una utilità immateriale e nel caso di della prestazione resa nell’ambito delle cd. professioni liberali.

lavoratore autonomo è un'obbligazione di *facere* e non di *dare*⁽¹¹⁹⁾, anche la classificazione dei contratti di durata non offre una risposta decisiva al problema di sapere quando l'obbligazione di *facere* sia riconducibile ad un contratto di lavoro autonomo o ad un contratto di lavoro subordinato. E qui, deve essere ribadito, per non dimenticare il dato di diritto positivo, che è proprio per l'inefficienza qualificatoria della distinzione tra contratti ad adempimento istantaneo e contratti ad adempimento continuativo (allo stesso modo della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato) che sia il tipo legale dell'art. 2222 c.c., sia la categoria di rapporti di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. prevedono, entrambi, al fine di individuare le rispettive fattispecie, che l'"opera o il servizio" sia realizzato "senza vincolo di subordinazione" (il primo) e che la prestazione abbia carattere coordinato "e non subordinato" (la seconda).

14. Segue: una ipotesi

Ne discende che il nocciolo della questione qualificatoria viene, sempre e comunque, ad essere ricondotto all'eterno dilemma dell'*ubi consistam* della subordinazione, che, per essere qui affrontato, richiederebbe, a questo punto, di aprire un confronto più completo con l'intero dibattito dottrinale, «mai veramente concluso, né forse concludibile»⁽¹²⁰⁾.

Non essendo possibile farlo in questa sede, mi limito ad esporre la mia opinione, che è consequenziale alle analisi e ai risultati esposti, i quali inducono a ritenere che, da un lato, anche nel lavoro autonomo è configurabile un'ingerenza del committente nelle modalità di esecuzione della prestazione; dall'altro lato, non è il tempo in sé *della* prestazione e *nella* prestazione, bensì il potere del creditore *sulla* prestazione, e quindi anche *sul* tempo di questa, che rileva ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro subordinato.

Ed allora, a mio avviso, il potere tipico del datore di lavoro deve essere individuato nel potere (esclusivamente riferibile al datore di lavoro) di specificare l'oggetto della prestazione dovuta dal lavoratore (non solo per quanto riguarda le modalità di esecuzione della prestazione, ma anche) per quanto riguarda il contenuto della prestazione stessa⁽¹²¹⁾, individuando nell'ambito della pluralità di attività dedotte in obbligazione quella che di volta in volta il lavoratore è tenuto a svolgere⁽¹²²⁾.

Un potere, quindi, che (non è solo più intenso, bensì) è qualitativamente diverso sia da quello che può essere esercitato dal committente in taluni rapporti di lavoro autonomo

⁽¹¹⁹⁾ Cfr., in particolare, M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, op. cit., 279 ss.

⁽¹²⁰⁾ Così M. Magnani, *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, DRI, 2020, 110.

⁽¹²¹⁾ Cfr. M. Persiani, *Autonomia, subordinazione e coordinazione nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, op. cit., 203 ss. Si veda, anche, uno spunto in M. Dell'Olio, *I soggetti e l'oggetto del rapporto di lavoro*, op. cit., 10.

⁽¹²²⁾ Sul potere direttivo, come potere di specificazione dell'attività dovuta tra quelle determinate nell'oggetto dell'obbligazione contrattuale, rinvio ancora a M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, op. cit., 176-192.

sia da quello che è caratteristico delle collaborazioni organizzate di cui all'art. 2, d.lgs. n. 81/2015⁽¹²³⁾.

Pertanto, è soltanto in questa prospettiva (ossia in relazione al potere sul contenuto della prestazione) che il “tempo” assume rilevanza ai fini qualificatori, nel senso che il datore di lavoro, diversamente dal committente, ha il potere di specificare continuamente (ossia in ogni singolo segmento temporale di adempimento) il contenuto stesso della prestazione, individuando tra tutti i molteplici compiti rientranti nell'oggetto del contratto quello di volta in volta dovuto⁽¹²⁴⁾.

Potere che si caratterizza perché il contenuto della prestazione può essere variato infinite volte dal datore di lavoro secondo le proprie mutevoli esigenze, sino a ricomprendere la possibilità di ordinare l'interruzione o la sospensione di un compito già affidato e di iniziarne uno diverso (o, analogamente, per i lavoratori dirigenti, di assegnare un nuovo incarico, o nuove responsabilità, o nuovi obiettivi da realizzare, modificando quelli precedentemente assegnati)⁽¹²⁵⁾.

15. Segue: *ampliamento della fattispecie della subordinazione o modulazione dello statuto protettivo?*

A me sembra che questa sia la conclusione più plausibile alla luce del sistema giuridico italiano, anche tenendo conto delle sue più recenti evoluzioni. Ma, con ciò, non si intende affermare che essa sia anche la più appagante dal punto di vista economico-sociale, e in particolare per fungere da razionale strumento di attribuzione e distribuzione delle tutele del lavoro⁽¹²⁶⁾.

A tacer d'altro, sono evidenti le difficoltà legate all'accertamento della sussistenza del potere di cui si è detto in relazione alle fattispecie concrete, e la conseguente incertezza degli esiti del contenzioso giudiziario. Incertezza che, sia detto per inciso, è nondimeno presente anche laddove la giurisprudenza sceglie di adottare altri criteri o metodi di qualificazione, e in particolare laddove sceglie di fare ricorso ad un poco controllato e controllabile metodo indiziario (posto che gli indizi utilizzati sono di per sé neutri o

⁽¹²³⁾ Al riguardo, si veda, da una diversa prospettiva, A. Zoppoli, *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, DRI, 2020, 3, 732.

⁽¹²⁴⁾ Cfr., anche, R. Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, op. cit., 82 ss.

⁽¹²⁵⁾ Cfr., ancora, M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, op. cit., 186, laddove, dopo aver evidenziato che l'obbligazione di lavorare non è riconducibile alla figura dell'obbligazione alternativa, esclude l'“irrevocabilità” della scelta relativa al comportamento dovuto che il datore di lavoro effettua di volta in volta con l'esercizio del potere direttivo.

⁽¹²⁶⁾ Nell'ampia letteratura al riguardo, si veda, tra i primi, L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano Editore, 1967, e, tra i più recenti, A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021.

anfibologici⁽¹²⁷⁾, e la loro valutazione complessiva comporta, nella sostanza, un giudizio per approssimazione con conseguente dilatazione dei margini di soggettivismo⁽¹²⁸⁾).

Di qui, per un verso, si spiega il recente “*attivismo*” del legislatore, animato dal buon proposito di individuare soluzioni più adeguate, proposito che è però naufragato in formule sfuggenti (come quella della “organizzazione”) o in interventi di dubbia coerenza (come quello del d.l. n. 101/2019 sui ciclofattorini).

Per l'altro verso, e guardando al futuro, la crescente insoddisfazione sullo *status quo* mantiene più che mai aperta la strada verso nuovi interventi legislativi, riguardo alla scelta dei quali l'alternativa di fondo è sempre la medesima che accompagna il dibattito da decenni: tenere ferma una categoria generale ed unitaria di lavoro subordinato provvedendo a modificarla ed aggiornarla, ovvero privilegiare interventi mirati per specifici rapporti di lavoro (e, in particolare, per quelli collocati nella cd. “area grigia” tra subordinazione e autonomia).

Arresto, qui, il mio discorso (perché anche l'esame degli argomenti che militano a favore e contro ciascuna delle due ipotesi significherebbe dover “ricominciare da capo”), limitandomi ancora ad esprimere, per trasparenza, la mia opinione⁽¹²⁹⁾.

Come qualsiasi dispositivo normativo, è fuor di dubbio che la nozione di subordinazione possa essere adeguata nel tempo sia dall'interprete, sia ovviamente, dal legislatore.

Ma è anche vero che i cambiamenti della realtà (sociale, economica, produttiva) hanno determinato (e continuano a determinare) mutamenti tali che appare sempre più difficile forzare dentro il medesimo statuto rapporti di lavoro tra essi differenziati per profili fattuali non trascurabili o per le specifiche caratteristiche dei settori economici in cui si svolgono⁽¹³⁰⁾.

In fondo, anche sotto l'impero indiscusso del principio della inderogabile uniformità dello statuto protettivo, il diritto del lavoro ha sempre riconosciuto i profili di specialità di taluni rapporti⁽¹³¹⁾, nel rispetto dei limiti derivanti dal principio di indisponibilità del tipo.

⁽¹²⁷⁾ Si veda, ad esempio, per una indiretta, ma autorevole pronunzia di “*screditamento*” della rilevanza di alcuni degli indizi più frequentemente utilizzati, C. cost. 7 maggio 2015, n. 76, secondo la quale «l'organizzazione del lavoro secondo il modulo dei turni, l'obbligo di attenersi alle direttive impartite dal direttore del carcere e dal personale medico non sono indici inequivocabili della subordinazione».

⁽¹²⁸⁾ Per ulteriori richiami, anche di dottrina, rinvio al mio *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitive*, ADL, 2002, I, 87.

⁽¹²⁹⁾ Rinviando, per una esposizione più organica, a G. Proia, *Verso uno statuto dei lavori?*, ADL, 2006, I, 61 ss.

⁽¹³⁰⁾ Tra i tanti, per l'ammissibilità, ad opera del legislatore, di «diverse graduazioni di subordinazione – e conseguentemente di tutela – in relazione alla peculiarità dei diversi settori merceologici e delle diverse attività lavorative», P. Tosi, *Sport e diritto del lavoro*, ADL, 2006, 717 ss.

⁽¹³¹⁾ Basti richiamare, da ultimo, tra i molteplici esempi, le recenti modifiche alla disciplina del lavoro sportivo (d. lgs. n. 36/2021) che ha adottato un modello di tutele “*a cerchi concentrici*” (cfr. E. Gragnoli, *I nuovi profili di specialità del rapporto di lavoro degli sportivi professionisti*, in corso di pubblicazione su RDES). Si veda, anche, C. Zoli, *La riforma dei rapporti di lavoro sportivo tra continuità e discontinuità*, RGL, 2022, 41 ss.; M. Biasi, *Causa e tipo nella riforma del lavoro sportivo. Brevi osservazioni sulle figure lavorative sportive e dello sportivo amatore nel d.*

Difficilmente, la strada potrà essere diversa nel prossimo futuro, se dalla società “*liquida*” il mondo della produzione e delle forme di espressione del lavoro continuerà ad emergere sempre più articolato⁽¹³²⁾.

lgs. n. 36/2021, LDE, 2021, 3, 1 ss.; E. Rocchini, Dal dilettante al lavoratore sportivo. Prime osservazioni sulla riforma dello sport, MGL, 2021, 407 ss.).

⁽¹³²⁾ Cfr. M. Magnani, *I tempi e il luogo di lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo*, WP CSDL E, It. n. 404/2019.

Bibliografia

- Aa. Vv., *L'orario di lavoro*, in *QDLRI*, 1995.
- Allamprese A., *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, in *ADL*, 2007, I, 341 ss.
- Alpa G., *Dalle professioni liberali alle imprese di servizi. Le nuove professioni tra libertà dei privati e interesse pubblico*, in *Econ. e dir. del terziario*, 1990, 278 ss.
- Andrioli V., C. M. Barone - G. Pezzano - A. Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro*, Zanichelli, 1974.
- Asquini A., *Profili dell'impresa* (1943), ora in *Scritti giuridici*, III, Cedam, 1961, 36 ss.
- Balletti E., *I limiti temporali della prestazione di lavoro*, in *RGL*, 1991, I, 31 ss.
- Barbieri M., *Della subordinazione dei ciclotattorini*, in *q. Riv.*, 2019, 2, 1 ss.
- Barbieri M., *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *q. Riv.*, 2021, 2, C.1 ss.
- Bavaro V., *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, 2008.
- Bavaro V., *Sul concetto giuridico di "tempo del lavoro" (a proposito di ciclotattorini)*, in *Labor*, 2020, 671 ss.
- Biasi M., *Causa e tipo nella riforma del lavoro sportivo. Brevi osservazioni sulle figure lavorative sportive e dello sportivo amatore nel d. lgs. n. 36/2021*, in *LDE*, 2021, 3, 1 ss.
- Borelli S., *Who cares? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura della persona*, Jovene, 2020.
- Brollo M., *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Jovene, 1991.
- Cairoli S., *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, 2020.
- Carabelli U., *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, a cura di U. Carabelli - L. Fassina, Ediesse, 2018, 41 ss.
- Carinci F., *L'art. 2 d. lgs. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, in *LDE*, 2020, 1 ss.
- Carinci F., *Il percorso giurisprudenziale sui "rider". Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020*, in *ADL*, 2021, 1 ss.
- Carinci M.T., *Il lavoro etero-organizzato secondo Cass. n. 1663/2020: verso un nuovo sistema dei contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro*, in *DRI*, 2020, 487 ss.
- Cester C., *Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica*, in *QDLRI*, 1995, 9 ss.
- Coase R., *Impresa, mercato e diritto*, M. Grillo (a cura di), Il Mulino, 1995.
- Corrado R., *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Utet, 1956.
- De Luca Tamajo R., *Il tempo di lavoro*, in *Atti Aidlass*, Giuffrè, 1986, 3 ss.
- De Marco C. - Garilli A., *L'enigma qualificatorio dei "riders". Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, in *DML*, 2021, 1 ss.
- Dell'Olio M., *I collaboratori dell'imprenditore*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XV, I, Utet, 1986.
- Devoto L., *L'obbligazione ad esecuzione continuata*, Cedam, 1943.
- Ferrante V., *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, 2008.
- Galgano F., *L'imprenditore*, Zanichelli, 1974.
- Ghera E., *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Percorsi di diritto del lavoro*, a cura di D. Garofalo - M. Ricci, Cacucci, 2006, 323 ss.
- Ghezzi G., *Del contratto di agenzia*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da A. Scialoja, G. Branca, Zanichelli, Il Foro Italiano, 1970.
- Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1965.
- Giacobbe G., *Lavoro autonomo*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973, 425 ss.
- Giubboni S., *Per una voce sullo "status" di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, in *RDSS*, 2018, 207 ss.

- Giugni G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963.
- Gragnoles E., *I nuovi profili di specialità del rapporto di lavoro degli sportivi professionisti*, in corso di pubblicazione su RDES.
- Gragnoles E., *Tempo e contratto di lavoro subordinato*, in RGL, 2007, I, 439 ss.
- Grandi M., voce *Rapporto – II) Rapporto di lavoro*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, 313 ss.
- Greco P., *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, 1939.
- Ichino P., *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, 2000.
- Ichino P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1984 (vol. I) e 1985 (vol. II).
- Leccese V., *L'orario di lavoro*, Cacucci, 2001.
- Lunardon F., *Il lavoro intermittente*, in *Il nuovo diritto del lavoro. I contratti di lavoro subordinato e autonomi*, a cura di L. Fiorillo - A. Perulli Giappichelli, 2021, 37 ss.
- M. Dell'Olio, *I soggetti e l'oggetto del rapporto di lavoro*, Utet, 1980.
- Magnani E., *I tempi e il luogo di lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo*, in WP CSDLE, It. n. 404/2019.
- Magnani M., *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in WP CSDLE, It. n. 294/2016.
- Magnani M., *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in DRI, 2020, 105 ss.
- Magrini S., *Lavoro (contratto individuale)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973, 369 ss.
- Maresca A., *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate (nota a Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663)*, in DRI, 2020, 146 ss.
- Mazzotta O., *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in Labor, 2020, 1, 5.
- Mengoni L., *I poteri dell'imprenditore*, ora in *Diritti e valori*, Il Mulino, 1985, 389.
- Mengoni L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in Aa.Vv., *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Giuffrè, 1965, 440 ss.
- Mengoni L., *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in RDCComm, 1954, I, 185 ss.
- Messineo F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Cedam, 1943.
- Napoli M., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme. Atti Aidlass*, Padova, Giuffrè, 2004, 276 ss.
- Napoli M., *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in Id., *Questioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, 1996.
- Nogler L., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in RIDL, 1990, I, 188 ss.
- Occhino A., *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010.
- Oppo G., *I contratti di durata*, in RDCComm. 1943, I, 143 ss. (ora in *Obbligazioni e negozio giuridico, Scritti giuridici*, Cedam, 1992, 248 ss.)
- Panuccio V., *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Giuffrè, 1959.
- Passalacqua P., *Spunti della sentenza della Cassazione sui ciclofattorini di Foodora*, in MGL, 2020, 158.
- Pedrazzoli M., *Prestazione di opera e parasubordinazione*, in RIDL, 1984, I, 506 ss.
- Persiani M., *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in DL, 1998, 203 ss.
- Persiani M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966.
- Persiani M., *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in ADL, 2015, 6, I, 1257 ss.
- Perulli A., *Il "rider" di Glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione, e libertà*, Nota a sentenza Tribunale civile Palermo sezione lavoro 24 novembre 2020, n. 3570, in ADL, 2021, 1, 37 ss.
- Perulli A., *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in WP CSDLE, It. n. 410/2020.
- Perulli A., *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, vol. XVII, 1996.
- Perulli A., *Il lavoro intermittente*, in Id. (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, 2004.
- Perulli A., *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente. Note al d. lgs. n. 81/2015*, in RIDL, 2019, III, 163 ss.
- Perulli A., *Oltre la subordinazione, La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021.

- Pessi A., *Considerazioni sul rapporto di lavoro parasubordinato: individuazione di una fattispecie*, in *DL*, 1980, 3, 358 ss.
- Pessi R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, 1990.
- Pessi R., *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP CSDL*, It. n. 282/2015.
- Pisani C., *Le collaborazioni coordinate e continuative a rischio estinzione*, in *RIDL*, 2018, I, 43 ss.
- Pisani C., *Le nuove collaborazioni etero-organizzate, il lavoro tramite piattaforme digitali e gli indici presuntivi della subordinazione*, in *ADL*, 2019, 1191 ss.
- Proia G., *Flessibilità e tutela «nel» contratto di lavoro subordinato*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle Giornate di studio Aidlass, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Giuffrè, 2003.
- Proia G., *Il lavoro autonomo continuativo e le collaborazioni “organizzate”, tra esigenze di tutela e contrasto agli abusi*, in *Aa.Vv., Giuseppe Santoro-Passarelli. Giurista della contemporaneità. Liber amicorum*, Giappichelli, 2018, 501 ss.
- Proia G., *Le “collaborazioni organizzate” dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, in *DRI*, 2020, 499 ss.
- Proia G., *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *ADL*, 2002, I, 87 ss.
- Proia G., *Verso uno statuto dei lavori?*, in *ADL*, 2006, I, 61 ss.
- Putaturo Donati F.M., *Flessibilità oraria e lavoro subordinato*, Giappichelli, 2005.
- Razzolini O., *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *DRI*, 2020, 345 ss.
- Rescigno P., *Introduzione al codice civile*, Laterza, 1991.
- Rescigno P., *Manuale del diritto privato italiano*, ESI, 1989.
- Ricci G., *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, 2003.
- Riccobono A., *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei “riders”: una “pedalata” verso la subordinazione*, in *RGL*, 2021, II, 241 ss.
- Rocchini E., *Dal dilettante al lavoratore sportivo. Prime osservazioni sulla riforma dello sport*, in *MGL*, 2021, 407 ss.
- Rubino D., *Appalto privato*, in *Noviss. dig. it.*, 1957, 691 ss.
- Sacco R., *Autonomia contrattuale e tipi*, in *RTDPC*, 1966, 803 ss.
- Salandra V., *Contratti preparatori e contratti di coordinamento*, in *RDComm*, 1940, I, 28 ss.
- Sandulli P., *Lavoro autonomo e parasubordinazione*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XV, Utet, 1986, 1455 ss.
- Sandulli P., *In tema di collaborazione continuativa e coordinata*, in *DL*, 1982, I, 249 ss.
- Sandulli P., *Orario di lavoro. I) Rapporto di lavoro privato*, EGT, 1991.
- Santini G., *Commercio e servizi: due saggi di economia del diritto*, Il Mulino, 1988.
- Santoro Passarelli F., *Opera (contratto di)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, 1965, 983 ss.
- Santoro Passarelli G., *Il lavoro mediante piattaforme digitali e la vicenda processuale dei riders*, in *DRI*, 2021, 1, 111 ss.
- Santoro Passarelli G., *Lavoro parasubordinato*, Franco Angeli, 1979.
- Santucci R., *Il lavoro intermittente: un modello contrattuale inutilizzato (e inutilizzabile) di lavoro iperflessibile?*, in *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, a cura di M. Rusciano - L. Zoppoli, Editoriale Scientifica, 2006, 401 ss.
- Santucci R., *La work life balance per la valorizzazione delle diversità culturali e di genere tra tempi di lavoro e di riposo nel contratto di lavoro. Diversità culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, Franco Angeli, 2009.
- Scarponi S., *Rapporti ad orario ridotto e promozione dell'eguaglianza. Introduzione*, in *LD*, 2005, 191 ss.
- Scognamiglio R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Cacucci, 1963.
- Spagnuolo Vigorita L., *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, in *RDC*, 1969, I, 545 ss.
- Spagnuolo Vigorita L., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano Editore, 1967.
- Supiot A., *Au delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Dalloz, 1999.
- Supiot A., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *DRI*, 2000, 2, 217 ss.
- Supiot A., *Temps de travail: pour une concordance des temps*, in *Droits soc.*, 1995, 947 ss.
- Suppiej G., *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam, 1957.

Tinti A.R., *Il lavoro agile e i rischi della conciliazione virtuale*, in *WPCSDLE*, It. n. 419/2020.

Topo A., *Spunti per una disciplina unitaria del tempo di lavoro (tempo pieno e tempo parziale a confronto)*, in *LG*, 2005, 213 ss.

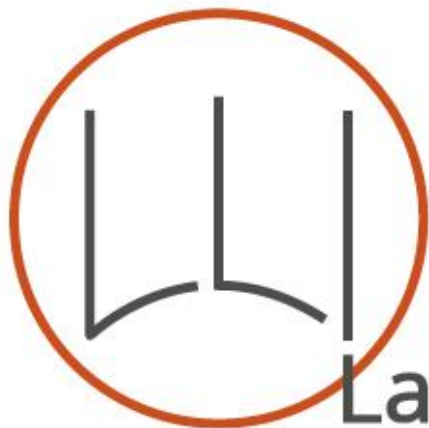
Torrente A., *Commentario del codice civile*, Utet, 1962, libro V.

Tosi P., *Sport e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2006, 717 ss.

Zanelli E., *Storia e teoria del rapporto di agenzia*, in *Studi urbinati*, XXXII, 1963-64, 167

Zoli C., *La riforma dei rapporti di lavoro sportivo tra continuità e discontinuità*, in *RGL*, 2022, 41 ss.

Zoppoli A., *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in *DRI*, 2020, 3, 703 ss.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Sul principio di proporzionalità quantitativa
della retribuzione al “lavoro prestato”
ex art. 36 Cost.**

MARIA TERESA CARINCI
Università degli Studi di Milano

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695



Sul principio di proporzionalità quantitativa della retribuzione al “lavoro prestato” *ex art. 36 Cost.*

MARIA TERESA CARINCI
Università degli Studi di Milano
Ordinaria di Diritto del Lavoro
mariateresa.carinci@unimi.it

ABSTRACT

The article seeks to answer the following question: since Article 36 of the Constitution requires remuneration to be proportionate to the amount of work performed, should remuneration necessarily be calculated on a time basis? The A. answers the question positively by first examining the characteristics of work performance and then its object.

Keywords: remuneration; work performance; proportionality; object of the obligation; working time.

<https://doi.org/10.6092/issn2421-2695/15121>

Sul principio di proporzionalità quantitativa della retribuzione al “lavoro prestato” ex art. 36 Cost.

SOMMARIO: 1. Premessa: le due domande a cui rispondere. – *Parte Prima: il criterio di misurazione* – 2. Il contratto di lavoro subordinato è un contratto a prestazioni corrispettive vincolato ad un equilibrio oggettivo di tipo quantitativo fra prestazione di lavoro e retribuzione. – 3. Il tempo è il criterio di misura del “lavoro prestato” in considerazione del carattere continuativo e subordinato della prestazione dedotta in obbligazione. – 4. La questione della misura quantitativa della prestazione per i lavoratori “senza tempo”. – *Parte Seconda: l’oggetto di misurazione*. – 5. Il “lavoro prestato” oggetto di misurazione. – 6. La “disponibilità” nella struttura dell’obbligazione propria del contratto di lavoro somministrato e del contratto di lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata ed il principio di proporzionalità quantitativa della retribuzione ex art. 36 Cost. – 7. Conclusione.

1. Premessa: le due domande a cui rispondere

Sono ormai passati diversi anni da quando la dottrina giuslavoristica ha iniziato a interrogarsi su quali siano le ricadute sul tempo di lavoro causate dal passaggio dal fordismo al toyotismo (produzione “*just in time*”). E ciò non solo sotto il profilo della organizzazione del lavoro (a causa delle mutate esigenze del sistema produttivo, che da orari standardizzati e tendenzialmente fissi ha richiesto sempre più spesso orari modulabili ed adattabili a seconda del variare della domanda – esigenza poi soddisfatta tramite il D.Lgs. 66/2003 –), ma anche sotto il *profilo del valore del lavoro*.

È stato, infatti, sottolineato come il nuovo sistema di produzione – in quanto caratterizzato dalla continua adattabilità dell’organizzazione del lavoro alle mutevoli esigenze del mercato – abbia spinto se non al superamento, quanto meno all’attenuazione dell’idea (propria della produzione fordista) per cui il valore del lavoro sia sempre identico ed uniforme per tutto il tempo della durata della prestazione lavorativa, a favore della valorizzazione, in conseguenza della diversa “densità” dell’attività resa dal lavoratore nei singoli *slot* temporali, della specifica utilità per il datore di lavoro della prestazione resa nelle varie unità di tempo (con conseguente riconoscimento di un diverso compenso al lavoratore⁽¹⁾). Chiare le parole di chi, fra i primi, ha studiato il tema: «Rispetto all’interesse creditorio del datore la qualità dell’attività lavorativa prestata nei singoli momenti temporali della giornata è profondamente diversa: ve ne sono alcuni nei quali si condensa un massimo di utilità per l’imprenditore ed altri nei quali, viceversa, il tasso di soddisfazione dell’interesse creditorio è ben più modesto» ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Cfr. R. De Luca Tamajo, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, DLRI, 1986, n. 31, 433 ss.; B. Caruso, *La retribuzione e l’orario di lavoro “alla corte” della flessibilità (le manovre sull’orario di lavoro come strumento di flessibilizzazione della retribuzione)*, QDLRI, 1995, 17, 79 ss. V. in seguito G. Bolego, *Flessibilità dell’orario di lavoro e proporzionalità della retribuzione*, LD, 1998, I, 71 ss.; F. Bano, *Il tempo come criterio di verifica dell’adempimento*, RGL, 1998, I, 132 ss.

⁽²⁾ Cfr. R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 468.

Da qui l'affiancamento al parametro tradizionale del tempo come criterio di commisurazione della retribuzione di altri elementi volti alla valutazione “qualitativa” della prestazione, quali l'intensità del lavoro, la specializzazione, la disponibilità a lavorare in determinate fasce orarie, ecc. (3).

Posta in questi termini la questione dell'individuazione del valore del lavoro – e dunque del calcolo della retribuzione in base non solo al tempo, ma anche ad altri parametri di tipo qualitativo – non pone particolari problemi giuridici. Infatti l'art. 36 Cost., che nel nostro sistema pone i principi e criteri *inderogabili* per individuare la retribuzione dovuta, dispone che la retribuzione deve essere «proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato», con ciò ammettendo che il relativo calcolo possa avvenire non solo utilizzando un parametro temporale quantitativo, ma *anche* elementi di tipo qualitativo.

D'altra parte già il codice civile contemplava periodi temporali dotati di un particolare valore qualitativo (si pensi al lavoro straordinario o al lavoro notturno), mentre la contrattazione collettiva da sempre considera e valorizza, accanto al criterio temporale, parametri qualitativi fra i quali primario rilievo riveste quello della professionalità del lavoratore (posto che, come noto, le tabelle contrattuali diversificano la retribuzione dovuta in base all'inquadramento del lavoratore).

Senonché in quelle prime prospettazioni dottrinali erano già poste questioni che in seguito, complici le possibilità operative offerte dalle nuove tecnologie informatiche, sarebbero divenute centrali.

In primo luogo già allora si prefigurava uno scenario di progressivo rovesciamento di prospettiva, con il passaggio dalla iniziale riaffermata centralità del criterio quantitativo/temporale di misurazione della retribuzione alla preminenza invece di criteri qualitativi *fino alla completa sostituzione del parametro temporale con quello qualitativo* (tramite la previsione di una retribuzione “per obiettivi” o “di risultato”) (4).

(3) Cfr. R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 470: “La tradizionale concezione che fa del tempo il parametro fondamentale di misurazione economico-giuridica del lavoro subordinato [...] mostra evidenti segni di crisi, incalzata dalla emersione di una ulteriore serie di fattori di “valutazione qualitativa” della prestazione”. Negli stessi termini B. Caruso, *op. cit.*, 82.

(4) Cfr. R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 471: “In termini giuridici tutto ciò si traduce nel superamento del valore preminente del tempo come referente delle strategie retributive, dei criteri di classificazione e dei meccanismi delle carriere nonché come criterio applicativo dei parametri costituzionali di proporzionalità della retribuzione [...]”. E ancora: “[...] Prende forma una linea evolutiva che registra l'emersione, sul piano del contratto di lavoro e delle sue tipologie, di concetti come l'utilità, la densità, la compiutezza o addirittura il risultato della prestazione lavorativa, che arricchisce gli interessi dedotti in contratto, non più commisurabili in termini esclusivamente quantitativo-temporali”. Cfr. altresì B. Caruso, *op. cit.*, 82: “[...] in questo modo la retribuzione finisce per avere come riferimento non più, o comunque non solo, l'unità di durata temporale (l'unità di tempo-lavoro)”.

Certo già all’epoca l’ordinamento ben conosceva *alcune limitate figure di lavoratori subordinati*, generalmente di alta qualifica e quindi ben pagati (come i dirigenti, il personale direttivo, i lavoratori c.d. della conoscenza) ⁽⁵⁾, per così dire “senza tempo”, se è vero che il loro compenso non era (e non è) calcolato in base ad un parametro temporale, ma in modo forfettario.

La situazione però oggi sta cambiando. Non tanto perché sempre più spesso un numero crescente di lavoratori si vede affiancare alla retribuzione a tempo – che rimane pur sempre al centro, almeno per ora, delle tabelle poste dalla contrattazione collettiva ⁽⁶⁾ – una retribuzione parametrata sulla base del raggiungimento di “obiettivi”, “risultati”, *target* e via dicendo, ma *perché lo stesso legislatore sembra avvalorare l’idea che quest’ultima modalità di calcolo possa addirittura soppiantare in toto la retribuzione a tempo*.

Il caso più eclatante sembra essere quello del lavoro agile, che, com’è noto, costituisce una semplice modalità di esecuzione del contratto di lavoro subordinato (v. art. 18, 1 co., l. 81/2017), ormai grandemente diffusa e che proprio per questo può interessare rapporti in cui sono dedotte le più svariate tipologie di mansioni (di alto, medio o persino basso contenuto professionale) e quindi potenzialmente destinatarie di retribuzioni anche basse ⁽⁷⁾. Con riguardo a tale figura la legge, nel prevederne la variante organizzata “per fasi cicli ed obiettivi e senza precisi vincoli di orario” ⁽⁸⁾, suggerisce l’idea che questa figura possa essere svincolata dalla fissazione (e misurazione) della durata della prestazione ⁽⁹⁾ (per lo meno nelle fasi in cui essa è resa a distanza) con la conseguenza che la retribuzione dovrebbe essere individuata *solo sulla base degli obiettivi da raggiungere*.

Certo è necessario chiarire in cosa consista l’“obiettivo” cui rapportare la retribuzione, tanto nel lavoro agile, come nelle altre figure di lavoro subordinato che adottino tale modalità di calcolo della retribuzione.

⁽⁵⁾ L’elemento è rilevante, come verrà illustrato al par. 4, in conseguenza della lettura congiunta dei principi di sufficienza e di proporzionalità *ex art. 36 Cost.* accolta in giurisprudenza.

⁽⁶⁾ È così ancora per es. per i lavoratori agili, cfr. i risultati di una ricerca condotta sul campo nel settore ITC nella provincia di Milano, su cui per questo profilo S. Di Molfetta, R. Mezzini, *La contrattazione collettiva ed i nodi irrisolti in materia di lavoro agile*, in *q. Riv.*, 2021, II.

⁽⁷⁾ In queste ipotesi dunque la violazione del principio di proporzionalità – letto secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza (v. par. 4) in connessione a quello di sufficienza – conduce molto più facilmente alla violazione del principio di “equa retribuzione”.

Con riferimento ai nuovi scenari indotti dalle nuove tecnologie v. le osservazioni di A. Tursi, *Le metamorfosi del tempo di lavoro*, *DRI*, 2022, 2, 464 ss.

⁽⁸⁾ Ai sensi dell’art. 18, 1 c. l. 81/2017 il lavoro agile può essere organizzato sia in base ad un orario di lavoro, sia sulla base di “fasi, cicli o obiettivi”.

⁽⁹⁾ Ai sensi dell’art. 18, 1 c. l. 81/2017 il tempo di lavoro deve essere però contenuto “nei limiti della durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale”.

Al riguardo se si vuole rimanere fedeli, com'è necessario, al modello contrattuale posto dall'art. 2094 c.c. ⁽¹⁰⁾, va in ogni caso escluso che il riferimento all' “obbiettivo” possa trasformare l'obbligazione di lavorare da una obbligazione “di attività” ad una obbligazione “di risultato” ⁽¹¹⁾, traslando così sul lavoratore i rischi giuridici di quella utilità del lavoro che discende da una determinata organizzazione del processo produttivo ⁽¹²⁾ e va ribadito, al contrario, che il lavoratore è tenuto come di consueto ⁽¹³⁾ a rendere lavoro ⁽¹⁴⁾ subordinato come tale “organizzabile” ⁽¹⁵⁾ tramite il potere direttivo datoriale.

⁽¹⁰⁾ Si ricorda che per legge il lavoro agile è una semplice “modalità di esecuzione di un rapporto di lavoro subordinato” (art. 18, 1 c., l. 81/2017).

⁽¹¹⁾ La distinzione fra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato è discussa. Si v. per una ricapitolazione del dibattito v. C. Cester, *Obbligazione di lavoro e diligenza*, in C. Cester, M. G. Mattarolo, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104 c.c.*, in P. Schlesinger (già diretto da, F.D. Busnelli continuato da) *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè, Milano, 2007, 35 ss., il quale a pagina 38 chiarisce la distinzione fra le due categorie ai fini dell'individuazione dell'oggetto dell'obbligazione: “le prime [obbligazioni di mezzi] si intendono quelle che si limitano ad imporre all'obbligato una data condotta: condotta che, seppur significativa non di un mero sforzo volontaristico ma di un comportamento esteriormente rilevante, viene tuttavia definita come semplice mezzo rispetto ad interessi del creditore ulteriori e diversi rispetto a quelli dedotti nel rapporto obbligatorio; le seconde [obbligazioni di risultato] si intendono quelle nelle quali al debitore è imposto di raggiungere, mediante un certo comportamento, un ulteriore risultato e l'interesse protetto dal creditore è, appunto, il conseguimento di questo risultato ulteriore”. È in questo specifico significato che la distinzione è richiamata nel testo.

⁽¹²⁾ Cfr. R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 469; altresì E. Ghera, *Intervento*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Genova 4-5 aprile 1986, Giuffrè, Milano, 1987, 173.

⁽¹³⁾ È qui presupposta l'idea che il contratto di lavoro subordinato sia caratterizzato, secondo la visione tradizionale, dall'obbligazione di lavorare in modo subordinato, cioè eterodiretto (cfr. per tutti M. Grandi, voce *Rapporto di lavoro*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, 322 ss.; per riferimenti alla giurisprudenza più recente v. A. Garilli, *La subordinazione e i suoi confini nel pensiero di Massimo Roccella e nell'evoluzione ordinamentale*, in M.P. Aimò, A. Fenoglio, D. Izzi (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Università degli Studi di Torino-ESI, 2021, 510 ss.). Questa lettura, pur maggioritaria ad oggi in dottrina e giurisprudenza, non è condivisa da tutti (v. M. Barbieri in questo stesso numero).

Per la precisazione per cui la subordinazione include in sé sia la subordinazione-eterodirezione che la subordinazione-continuità (intesa come semplice dipendenza o vincolo di disponibilità continuativa al controllo del creditore) cfr. E. Ghera, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in E. Ghera, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, 2006, 134 e nota 34; già Id., *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, DLRI, 1988, 628. Ma su questo punto v. *Parte seconda* di questo scritto.

Per la diversa prospettiva che (sulla scorta di C. Cost. 12 febbraio 1996, n. 30) incentra il contratto di lavoro subordinato sulla alienità dell'organizzazione e del risultato del lavoro v. M. Roccella, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 65/2008; A. Garilli, *La subordinazione e i suoi confini nel pensiero di Massimo Roccella e nell'evoluzione ordinamentale*, cit., 502 ss. ove molti riferimenti. Cfr. altresì M. Napoli, *Contratti e rapporti di lavoro, oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1995, 1109 ss. che ritiene elementi qualificanti del contratto collaborazione, continuità e dipendenza (intesa quest'ultima come alienità dell'organizzazione in cui è inserito il lavoratore).

⁽¹⁴⁾ Ma v. *Parte seconda* del presente scritto per quanto riguarda più precisamente l'oggetto dell'obbligazione del lavoratore.

⁽¹⁵⁾ Se infatti secondo una nota tesi il contratto di lavoro è da ritenere contratto di organizzazione (cfr. M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966; aderisce all'opinione M. Marazza, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2001), nel senso che a tale contratto l'ordinamento assegna la funzione di determinare l'esistenza stessa dell'organizzazione del lavoro, con la conseguenza che sul piano del contratto rileva l'interesse del datore all'organizzazione del lavoro altrui, ma non l'interesse finale dell'organizzazione al profitto (tesi poi circoscritta da F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, 51, precisando come sulla posizione debitoria del lavoratore non si riflette l'organizzazione nel suo complesso, ma solo quella frazione di essa in cui il lavoratore è stato o potrebbe essere inserito), in seguito è stato giustamente osservato che nel contratto di lavoro il coordinamento il datore

Fermo questo assunto di fondo, si dovrà allora chiarire se l’ordinamento permetta di sostituire al criterio temporale altri parametri di misurazione quantitativa dell’attività di lavoro e con essa della retribuzione. È chiaro in ogni caso che la risposta a questa domanda non può evincersi dal solo dettato dell’art. 36 Cost., il quale si limita ad imporre che la retribuzione sia commisurata (non solo alla qualità ma anche) alla quantità del lavoro prestato, ma richiede di considerare l’elemento di confronto, cioè le caratteristiche della prestazione di lavoro.

La prima parte di questo scritto sarà dunque dedicata a rispondere a questo interrogativo.

Nel caso in cui si dovesse concludere (e questo è ciò che si cercherà di dimostrare *infra*) che il tempo è necessario criterio di misura della prestazione di lavoro e con essa della retribuzione, emergerebbe subito una seconda questione, per altro intrecciata alla prima e, cioè, quale sia l’oggetto della misurazione tramite il tempo e, dunque, l’oggetto dell’obbligazione di lavorare (*id est* quel lavoro prestato *ex art. 36 Cost.*) sulla cui base parametrare la retribuzione.

Al riguardo una parte della dottrina ha sottolineato come nel nuovo sistema della produzione “*just in time*” non solo non tutte le attività rivestono lo stesso valore, ma ve ne sono alcune che, in quanto non dotate di quella “compiutezza minimale” idonea ad inserirle utilmente nel processo produttivo, non ricadono nell’ambito della “prestazione di lavoro”⁽¹⁶⁾, *con la conseguenza di non dover essere incluse nella misurazione del tempo di lavoro e quindi nel calcolo della retribuzione.*

In effetti oggi, in via di fatto, le nuove tecnologie permettono di isolare con grande precisione le varie condotte, naturalisticamente intese, che caratterizzano il lavoro cui si impegna il lavoratore. Detto ciò, però, la questione è squisitamente giuridica: quali attività rientrano – in virtù della struttura sua propria – nell’oggetto dell’obbligazione di lavoro e di conseguenza vanno misurate ai fini della quantificazione della retribuzione?

Si pensi per fare qualche esempio a: i periodi di attesa dell’incarico da parte dei *riders* delle piattaforme di *food delivery* (ove li si ritenga lavoratori subordinati); il tempo impiegato dal lavoratore per indossare gli indumenti da lavoro (il cd. “tempo tuta”); il tempo di “reperibilità” per gli addetti al pronto intervento per la riparazione di linee di telecomunicazione o quello di “disponibilità” per i medici di guardia nei reparti ospedalieri.

di lavoro non lo attende quale autonoma e spontanea tensione del lavoratore verso la realizzazione del risultato dell’organizzazione stessa, ma lo esercita tramite la sottoposizione del contenuto della prestazione lavorativa al potere direttivo; di conseguenza il debito del lavoratore si sostanzia in una attività “coordinabile” non “coordinata” (in questo senso M. Grandi, *op. cit.*, 330 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 469. Si tratta di attività da ricondurre quindi alle fasi di preparazione all’adempimento.

D'altra parte, nei due casi in cui il legislatore è intervenuto con riguardo ai tempi di attesa dell'incarico, nel lavoro somministrato a tempo indeterminato (art. 34 D.Lgs. 81/2015), o della chiamata, nel lavoro intermittente con obbligo di rispondere alla chiamata (artt. 13 e 16 D.Lgs. 81/2015), ha definito il relativo compenso “indennità”.

Qual è dunque l'oggetto dell'obbligazione che il lavoratore assume con il contratto di lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.*? Un contratto quest'ultimo – è bene ricordarlo – non solo tipico – come più volte affermato dalla Corte costituzionale ⁽¹⁷⁾ – ma anche “*indisponibile*” sia da parte dell'autonomia privata (individuale e collettiva) sia, ove non sia rispettato il principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, anche da parte della legge.

Rispondere a questa seconda domanda richiede di indagare quale sia l'oggetto dell'obbligazione di lavoro dedotta nel contratto *ex art. 2094 c.c.*, analisi che verrà compiuta nella seconda parte di questo scritto.

Parte Prima: il criterio di misurazione.

2. Il contratto di lavoro subordinato è un contratto a prestazioni corrispettive vincolato ad un equilibrio oggettivo di tipo quantitativo fra prestazione di lavoro e retribuzione

Come noto, tradizionalmente il contratto di lavoro subordinato viene classificato come un contratto oneroso di scambio a prestazioni corrispettive: lavoro *versus* retribuzione.

A differenza, tuttavia, di quanto previsto per la generalità dei contratti sinallagmatici nei quali l'equilibrio fra le prestazioni è lasciato alla libera determinazione dei contraenti ⁽¹⁸⁾, per il contratto di lavoro subordinato la Costituzione – al fine di tutelare la libertà e dignità del lavoratore, riequilibrandone la situazione di disparità economica rispetto al datore di lavoro – pone *una particolare regola limitativa* e, cioè, *vincola l'autonomia privata a rispettare un equilibrio oggettivo di tipo quantitativo* ⁽¹⁹⁾ *fra le due prestazioni principali* ⁽²⁰⁾.

È questo il significato dell'art. 36 Cost. – *norma considerata immediatamente precettiva ed inderogabile* – ai sensi del quale «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità (...) del suo lavoro»

Per il lavoro subordinato, dunque, il legame sinallagmatico fra lavoro e retribuzione che discende dal contratto è ulteriormente integrato tramite l'imposizione

⁽¹⁷⁾ Cfr. C. Cost. 29 marzo 1993, n. 121; C. Cost. 31 marzo 1994, n. 115; C. Cost. 30 aprile 2015, n. 70.

⁽¹⁸⁾ Cfr. M. Bianca, *Il contratto, Diritto Civile*, 3, Giuffrè, Milano, 1984, 460 ss.

⁽¹⁹⁾ Oltre che qualitativo, ma il tema non verrà trattato in questo scritto.

⁽²⁰⁾ Cfr. P. Pascucci, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, in *La retribuzione. Atti del XIX Congresso Nazionale di Diritto del lavoro*, Palermo, 17-19 maggio 2018, Giuffrè, Milano, 2019, 81 e 82: “L'art. 36, c. 1 Cost. fa assurgere il diritto alla retribuzione a diritto di rango fondamentale *integrando (o correggendo) obbligatoriamente* in “senso sociale” il margine (spesso ampio) di discrezionalità di fissazione del salario che il datore di lavoro avrebbe a sua disposizione nella logica scambistica del mercato”.

dall'esterno, ad opera dell'art. 36 Cost., di una regola che obbliga ad un equilibrio *quantitativo ed oggettivo* fra le due prestazioni principali (la prestazione di lavoro, da un lato, e la retribuzione, dall'altro), cosicché entrambe devono necessariamente essere *misurate secondo criteri quantitativi* al fine di stabilire fra esse *un equilibrio oggettivo*.

Ciò detto si tratta però di capire quali parametri di misurazione quantitativa possano essere utilizzati allo scopo. Il che concretamente significa, dato per scontato che, tradizionalmente, la quantità di retribuzione viene misurata in denaro, individuare il parametro (o i parametri) di misura oggettivo(i) per misurare la quantità della prestazione di lavoro.

3. Il tempo è il criterio di misura del “lavoro prestato” in considerazione del carattere continuativo e subordinato della prestazione dedotta in obbligazione

Secondo opinione consolidata il contratto di lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.* è un contratto di durata ⁽²¹⁾ di tipo continuativo, e ciò per alcuni in virtù delle caratteristiche della prestazione di lavoro che lo connota.

Il lavoratore assume, infatti, non solo l'obbligazione di prestare un'attività che dura nel tempo, ma più specificamente *una prestazione continuativa in senso tecnico, poiché si impegna a svolgere il proprio lavoro in ogni momento per tutto il tempo convenuto*. Il tratto caratteristico peculiare della prestazione di lavoro subordinato è, dunque, la sua illimitata divisibilità *ratione temporis* ⁽²²⁾, cosicché ai fini dell'adempimento è giuridicamente rilevante il lavoro prestato momento per momento in tutto l'arco di temporale convenuto ⁽²³⁾.

Il vincolo ad una prestazione continuativa in senso tecnico, d'altra parte, è imprescindibile per permettere il dispiegarsi di quel potere direttivo che caratterizza il contratto di lavoro subordinato, i cui atti di esercizio possono incidere soltanto su una prestazione che perdura nel tempo ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ “La classificazione in questa categoria della obbligazione di lavoro subordinato non risulta mai essere stata messa in discussione”, così P. Ichino *Il tempo della prestazione di lavoro. Continuità giuridica e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Giuffrè, Milano, 1984, 15 s.

⁽²²⁾ Cfr. P. Ichino, *Il tempo della prestazione di lavoro*, cit., 16 ss. e 29; Id. *Il contratto di lavoro*, t. 2, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 2000, 286 s. A tale tesi aderisce R. Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè Milano, 1989, 62 ss. La tesi è stata però criticata, v. fra gli altri V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato, Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, Bari 2008, 118 ss.; A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e prestazioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni), Giuffrè, Milano, t. 1, 1996, 186 ss.; L. Nogler, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, RIDL, 1990, I, 196 ss.

⁽²³⁾ Per una puntuale ricostruzione del dibattito sul punto cfr. V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, cit., specie 77 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, op. cit., 286.

Ne deriva la consustanzialità fra il carattere continuativo e subordinato della prestazione ⁽²⁵⁾.

Certo la continuità della prestazione di per sé non è sufficiente a distinguere il contratto di lavoro subordinato dal contratto di lavoro autonomo, per la conclusiva ragione che il modello dell'art. 2222 c.c. ammette non solo prestazioni istantanee e periodiche, ma anche prestazioni propriamente continuative ⁽²⁶⁾.

In ogni caso – ed è questo l'aspetto rilevante ai nostri fini – seguendo tale lettura *la continuità è aspetto necessario ed imprescindibile della prestazione di lavoro propria del contratto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c.* ⁽²⁷⁾; e, con essa, della causa del contratto ⁽²⁸⁾.

Se dunque con il contratto il lavoratore si obbliga ad una prestazione da svolgere momento per momento per un certo tempo, ciò significa che il tempo – in via diretta o indiretta, come nel caso del cottimo ⁽²⁹⁾ – *assurge a necessario criterio di determinazione della quantità della prestazione promessa* ⁽³⁰⁾, svolgendo così quella medesima funzione che il numero o la quantità ⁽³¹⁾ rivestono nelle obbligazioni aventi ad oggetto il dare cose generiche ⁽³²⁾.

⁽²⁵⁾ Secondo altri invece la continuità attiene *più strettamente* al rapporto cioè al profilo teleologico della prestazione e *quindi in definitiva alla causa del contratto, pur incidendo anche sul modo di essere della stessa*. Scrive al riguardo E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002, 67: “[...] nel lavoro subordinato, la durata o continuità attiene alla struttura della prestazione (delle opere) incidendo sul *modo di esecuzione e sulla determinazione quantitativa e qualitativa della stessa* [corsivo mio]: la continuità si colloca sul piano teleologico, attenendo essenzialmente al profilo programmatico o della causa del contratto, e deve intendersi in senso non materiale ma *ideale*, come dipendenza o *disponibilità funzionale* del prestatore all’impresa altrui”; Id., *Intervento*, *op. cit.*, 173: “La continuità è infatti l’indice rivelatore dell’elemento causale tipico del contratto di lavoro subordinato per cui il rischio del risultato – il rischio della utilità o produttività del lavoro, da non confondere evidentemente con il rischio d’impresa (cioè il rischio della combinazione dei fattori produttivi) - è a carico del datore di lavoro”; Id., *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto*, *op. cit.*, 134; Id., *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, *op. cit.*, 630. In senso adesivo v. L. Nogler, *op. cit.*, 199.

Cfr. anche M. Grandi, *op. cit.*, 325: “Nel rapporto di lavoro subordinato [...] la persistenza nel tempo [riguarda] la situazione stessa di subordinazione nel suo significato fondativo di dipendenza dell’obbligato dal potere di direzione e di organizzazione dell’altro contraente, in conformità alla causa del contratto di lavoro. Questa situazione si esprime nella disponibilità continuativa del prestatore, funzionale allo scopo proprio del risultato organizzativo atteso dall’utilizzatore della prestazione lavorativa, il quale deve poter contare, in vista della programmazione di questo risultato, sulla continuativa possibilità di dirigere e coordinare, in vista della collaborazione, l’attività prestatoria”.

⁽²⁶⁾ Cfr. L. Spagnuolo Vigorita, *Impresa, rapporto di lavoro, continuità (Riflessioni sulla giurisprudenza)*, RDC, 1969, I, 545 ss.; A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, *op. cit.*, 188 ss.

⁽²⁷⁾ P. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, *op. cit.*, 27 ss.; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, *op. cit.*, 286.

⁽²⁸⁾ Per i riferimenti alla dottrina che ritiene la continuità più che carattere della prestazione, invece elemento del rapporto e quindi della causa del contratto cfr. nota 25.

⁽²⁹⁾ Cfr. per tutti G. Giugni, *Organizzazione dell’impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, in RGL, 1968, I, 3 ss.

⁽³⁰⁾ E così di determinazione dell’oggetto del contratto *ex art. 1346 c.c.* Cfr. V. Bavaro, *Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro subordinato*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 17; Id., *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, 188.

⁽³¹⁾ Ovviamente l’altro elemento che permette di individuare l’oggetto dell’obbligazione sono le mansioni, cfr. per questa precisazione M. Napoli, *op. cit.*, 1110.

⁽³²⁾ Cfr. G. Oppo, *Obbligazioni e negozio giuridico, Scritti giuridici*, III, Cedam, Padova, 1992, 240: “Nei contratti di durata *la prestazione è determinata in funzione della durata stessa*, in quanto la sua entità quantitativa dipende dalla durata del rapporto. La durata funge [...] da *nota individuatrice* della prestazione e non da modalità accessoria di essa. [...] *la durata ricorre nelle nostre ipotesi come elemento individuatore della (entità quantitativa della)*

Tale conclusione esce, poi, ulteriormente corroborata se si pone mente all'altro carattere che contraddistingue la prestazione di lavoro: la subordinazione.

Con il contratto di lavoro subordinato, infatti, il lavoratore si impegna per un certo tempo a lavorare *sotto la direzione del datore di lavoro* e, così facendo, vincola *prima di tutto e necessariamente il proprio tempo a favore della controparte*. Il tempo in questa diversa prospettiva assume dunque la veste di parametro di misura quantitativo della compressione della libertà personale che il lavoratore, con il contratto, accetta.

Come è stato icasticamente scritto “nella corrispettività tra retribuzione e prestazione il tempo continua a giocare una parte essenziale, perché il tempo è ancora misura della soggezione, che è appunto quel tempo vincolato, in cui non si può utilizzare il proprio “tempo” né in modo giocoso, né altrimenti lucroso” ⁽³³⁾.

Se è vero, dunque, che il lavoratore subordinato, tramite il contratto, vincola sempre ed inevitabilmente una certa quantità di tempo proprio a favore di altri – così rinunciando, come persona, ad una parte del proprio tempo di vita –, ne deriva, in ossequio all'art. 36 Cost. – che impone di tutelare la libertà e dignità della persona che lavora da fenomeni di sfruttamento ⁽³⁴⁾ –, che il solo criterio oggettivo che individua la prestazione quantitativamente dovuta e simultaneamente permette di misurare quantitativamente la compressione della libertà personale dell'individuo è proprio e solo il tempo.

4. La questione della misura quantitativa della prestazione per i lavoratori “senza tempo”

Se si concorda con il ragionamento fin qui seguito, pare necessario chiedersi se il principio che impone di utilizzare il tempo per individuare la proporzione quantitativa fra retribuzione e lavoro possa subire deroghe o eccezioni con riferimento a particolari figure di lavoratori subordinati.

prestazione nel senso [...] che le prestazioni si determinano in funzione della durata e non questa in funzione di quelle” (corsivo mio). Nello stesso senso R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, Utet Torino, 1965, 297 e 599. Cfr. altresì E. Ghera, F. Liso, voce *Mora del creditore* (dir.lav.), *Enc. Dir.*, XXVI, 1997, 977 e 978.

⁽³³⁾ Così M. V. Ballestrero, *Intervento*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Genova 4-5 aprile 1986*, Giuffrè, Milano, 1987, 167. Cfr. altresì V. Bavaro, *Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, 23.

⁽³⁴⁾ Cfr. V. Ferrante, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino, 2008, 180 ss., che pone giustamente in luce la stretta connessione nel corpo dell'art. 36 Cost. fra principi in tema di “equa retribuzione” e limitazioni del tempo di lavoro: “Non è per caso [...] che la disciplina del tempo è inserita nell'ambito della previsione sull'equo salario, come se non ci fosse spazio per collocarla altrove (per esempio in fondo all'art. 32 Cost.). Una simile scelta vale a significare che la garanzia del diritto ad una retribuzione equa non varrebbe se, per raggiungere tale livello, il soggetto fosse obbligato ad una prestazione eccessivamente prolungata”.

Come detto, infatti, l'ordinamento conosce i cd. “lavoratori senza tempo”, cioè figure di lavoratori subordinati sottratti in larga parte alla disciplina limitativa (e quindi alla misurazione) dell'orario e la cui retribuzione non è quindi calcolata sulla base del tempo di lavoro (quali per es.: dirigenti, personale direttivo, lavoratori dello spettacolo, docenti universitari, ecc. ⁽³⁵⁾).

Norma cardine oggi ⁽³⁶⁾ per individuare la categoria è l'art. 17, c. 5, D.Lgs. 66/2003 ai sensi del quale, pur “nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori”, una serie di disposizioni contenute nel decreto stesso limitative della durata della prestazione ⁽³⁷⁾ e prescrittive di pause e riposi ⁽³⁸⁾ “non si applicano ai lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi”. La stessa norma enumera, poi, a titolo esemplificativo alcune figure di lavoratori escluse dal computo dell'orario fra i quali: i dirigenti, il personale direttivo ed altre figure dell'azienda dotate di potere di decisione autonomo, la manodopera familiare, i lavoratori a domicilio, i telelavoratori, ecc.

Al di là del problema riguardante la *ratio* di tali esclusioni – che non essendo unitaria rende più complesso individuare i contorni della categoria ⁽³⁹⁾ –, è tuttavia certo che la disposizione in parola – come del resto tutto il D.Lgs. 66/2003 considerata la base giuridica delle direttive di cui è attuazione (dir. 93/104/CE; dir. 2000/34/CE) – ha finalità di individuazione dell'orario a fini di tutela della salute e sicurezza e non è deputata in alcun modo ad incidere sui parametri di calcolo della retribuzione.

La regola generale che vuole che la retribuzione sia misurata in proporzione al tempo di lavoro non è dunque derogata dall'art. 17, c. 5, D.Lgs. 66/2003; né d'altra parte lo potrebbe, visto il fondamento di quella regola – derivante, come detto, dalla lettura congiunta di un imperativo costituzionale e dalle caratteristiche imprescindibili della prestazione che connota il contratto di lavoro subordinato ⁽⁴⁰⁾ – destinata per ciò a conformare imperativamente il lavoro subordinato in quanto tale.

⁽³⁵⁾ Cfr. B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, *op. cit.*, ove in particolare v. i contributi di F. Siotto, A. Loffredo, M.D. Santos Fernandez, S. Naimoli, A. Tandoi, M. Lombardi, sulle diverse figure di lavoratori “senza tempo”, ma nella prospettiva della qualificazione del rapporto.

⁽³⁶⁾ Cfr. G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milano, 2005, 442 ss.

⁽³⁷⁾ In particolare l'art. 3 che fissa la durata dell'orario normale di lavoro; l'art. 4 che individua la durata massima dell'orario; l'art. 5 e gli artt. 12-13 che pongono limiti rispettivamente al lavoro straordinario e notturno.

⁽³⁸⁾ In particolare l'art. 7 che pone il diritto al riposo giornaliero; l'art. 8 che individua il diritto alle pause.

⁽³⁹⁾ Cfr. G. Ricci, *op. cit.*, 445 ss.

⁽⁴⁰⁾ Tipo imposto e per ciò – lo si ricorda – immodificabile dall'autonomia privata, come più volte affermato dalla Corte costituzionale, cfr. nota 17.

Se si considera poi il piano meramente fattuale, è difficile sostenere che la misurazione del tempo di lavoro dei lavoratori “senza tempo” sia impossibile: le nuove tecnologie permettono oggi, infatti, di misurare la durata del lavoro in qualunque luogo sia compiuto, anche a distanza. Piuttosto la questione sul piano giuridico è un'altra e, cioè, la precisa individuazione dell'oggetto di misurazione, dunque la nozione di “prestazione di lavoro” sulla quale ci si soffermerà nella seconda parte di questo scritto.

Il fatto che con riferimento ai “lavoratori senza tempo”, comunque, la violazione del principio di proporzionalità quantitativa – conseguente vuoi alle previsioni della contrattazione collettiva, vuoi alle determinazioni del contratto individuale, vuoi in alcuni casi a specifiche previsioni di legge ⁽⁴¹⁾ – non abbia dato luogo ad un contenzioso giudiziario ⁽⁴²⁾, trova ragione nel consistente livello dei compensi spesso riconosciuti *fino ad oggi* a molte di tali figure di lavoratori a causa della loro alta professionalità, compensi che quindi in concreto ben difficilmente avrebbero potuto porre problemi di violazione del canone costituzionale di “giusta retribuzione” ⁽⁴³⁾ secondo la lettura sincretica dei due principi di proporzionalità e sufficienza fatta propria dalla giurisprudenza ⁽⁴⁴⁾.

Lo scenario, tuttavia, sta cambiando: l'allargamento della categoria dei (pretesi) lavoratori “senza tempo” (si pensi alla figura dei lavoratori agili) rende oggi importante riaffermare l'inderogabilità del principio di necessaria proporzione quantitativa in base al tempo fra lavoro e retribuzione ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴¹⁾ Cfr. le varie ipotesi di “lavoratori senza tempo” analizzate in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *op. cit.*, *passim*.

⁽⁴²⁾ La conseguenza del ragionamento è la nullità (con riparametrazione della retribuzione ex art. 36 cost. e art. 2099 c.c.) delle clausole dei contratti individuali e collettivi che non tengano conto della durata del tempo di lavoro e della incostituzionalità (per violazione dell'art. 36 Cost. e dell'art. 3 Cost. per irragionevole disparità di trattamento di lavoratori tutti ugualmente subordinati ex art. 2094 c.c.) di quelle disposizioni di legge che fissino parametri per il calcolo della retribuzione sganciati dal tempo di lavoro.

⁽⁴³⁾ Cfr. per una simile considerazione B. Caruso, *op. cit.*, 106.

⁽⁴⁴⁾ Com'è noto la giurisprudenza consolidata individua la retribuzione dovuta ex art. 36 Cost. nelle tariffe salariali fissate dai CCNL con riferimento alla retribuzione base, all'indennità di contingenza ed alla tredicesima mensilità con esclusione dei compensi aggiuntivi, degli scatti di anzianità e di altre mensilità aggiuntive. In tal modo i giudici utilizzano come parametro retributivo il CCNL, ma riducono la retribuzione proporzionata in esso prevista (e declinata sulla base dell'inquadramento del lavoratore) solo ad alcune voci rispetto a tutte quelle previste (“retribuzione minima”). A tale compenso contrattual-collettivo minimo viene poi comparata la retribuzione in concreto percepita dal lavoratore comprensiva questa volta di tutti i compensi acquisiti. Tale lettura finisce per comprimere il canone di proporzionalità ad una “proporzionalità minima” e così in qualche modo per “occultarlo” quando si abbiano di fronte retribuzioni elevate. Per gli orientamenti della giurisprudenza in merito alla lettura dell'art. 36 Cost. cfr. T. Treu, *Commento all'art. 36 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti Economici*, Tomo I, Art. 35-40, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 72 ss.; più di recente P. Pascucci, *op. cit.*, 95 ss.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. nello stesso senso, anche con riguardo al lavoro agile, P. Pascucci, *op. cit.*, 110 ss. e in part. 118 ss.

5. Il “lavoro prestato” oggetto di misurazione

È ora il momento di affrontare la seconda questione che ci si è proposti di analizzare, ovvero quale sia l’oggetto dell’obbligazione di lavoro, cioè di quel “lavoro prestato” che il principio di proporzionalità quantitativa posto dall’art. 36 Cost. impone di misurare.

Si tratta di una questione di non poco conto: ragionare in un modo o nell’altro ha, infatti, come effetto di dilatare o restringere la nozione di “lavoro” e con essa l’estensione o la riduzione del tempo da misurare, con importanti ricadute sulla quantificazione della retribuzione.

Se – come già osservato – di fatto le nuove tecnologie permettono ormai di rilevare con grande precisione ed in ogni momento il comportamento attivo o di attesa del lavoratore, la discussione va tuttavia mantenuta sul piano strettamente giuridico per indagare quale sia l’oggetto dell’obbligazione assunta. E ciò avendo a mente quel principio di indisponibilità del tipo – più volte riaffermato dalla Corte costituzionale⁽⁴⁶⁾ – che caratterizza il contratto di lavoro *ex art. 2094 c.c.* in cui l’obbligazione di “prestare lavoro” è dedotta: la “prestazione” di lavoro non è modificabile dall’autonomia privata individuale e collettiva, pena rimettere alla libera scelta delle parti la decisione circa il campo di applicazione delle regole – al contrario inderogabili – poste a tutela del lavoratore; la “prestazione”, d’altra parte, non può essere incisa arbitrariamente neppure dalla legge, pena la violazione del principio di ragionevolezza posto dall’art. 3 Cost.

Non è possibile in questa sede dar conto approfonditamente delle riflessioni dedicate dalla dottrina all’oggetto dell’obbligazione di lavoro⁽⁴⁷⁾, tema centrale sia per individuare il tipo del lavoro subordinato, sia per fissare i contorni dell’esatto adempimento e per ripartire le responsabilità fra le parti del rapporto⁽⁴⁸⁾. Basti dire che, superato l’iniziale dibattito circa la riconducibilità dell’obbligazione di lavoro nell’ambito delle obbligazioni di *patti* (di “lasciar fare” in vista di una facoltà di godimento altrui), di dare (le “energie lavorative”) o di fare – protrattosi anche dopo l’avvento del codice civile e la tipizzazione da esso operata del contratto di lavoro subordinato –, la dottrina ha ritenuto in larga maggioranza che il lavoratore assuma un obbligo di fare o di contegno, cioè l’obbligo di svolgere un’attività⁽⁴⁹⁾ e non semplicemente di “mettersi a disposizione” della controparte.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. nota 17.

⁽⁴⁷⁾ Per una ricostruzione delle varie posizioni v. V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, 140 ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. una puntuale ricostruzione del dibattito v. C. Cester, *op. cit.*, 8 ss.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. fra gli altri F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1995, 35 ed., 189; M. Grandi, *op. cit.*, 335 ss. (e più di recente Id., *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, *ADL*, 2004, 740 ss.); M. Napoli, *op. cit.*, 1109 ss.; C. Cester, *op. cit.*, 15 ss.

In seguito, tuttavia, il dibattito si è nuovamente riaperto nell'ambito di riflessioni dedicate alla mora del creditore. Al riguardo una parte della dottrina, al fine di individuare i contorni della responsabilità datoriale per il rifiuto della prestazione offerta dal lavoratore (*ex artt. 1206 e 1207 c.c.*), ha sostenuto che oggetto dell'obbligazione di lavorare sia la mera "messa a disposizione" delle energie lavorative e non l'effettiva esplicazione di un'attività⁽⁵⁰⁾. Ragionare in questi termini, infatti, riduce di molto l'area di incidenza della mora, a favore del fisiologico operare dello scambio lavoro-retribuzione: se il lavoratore con lo "stare a disposizione" ha già pienamente adempiuto alla propria obbligazione ne consegue che il rifiuto datoriale (che innesca la mora) può venire in considerazione solo in ipotesi del tutto marginali (cioè solo quando non sia accettata la "disponibilità" offerta⁽⁵¹⁾). In questa lettura, d'altra parte, divengono irrilevanti gli eventi impeditivi che colpiscono il sostrato organizzativo⁽⁵²⁾ poiché, essendo l'adempimento già avvenuto con lo "stare a disposizione", essi non possono in alcun modo ridondare in impossibilità di una prestazione già eseguita⁽⁵³⁾.

Tuttavia, come è stato osservato fin dai primi studi sul tema⁽⁵⁴⁾, non è possibile definire quale sia l'oggetto dell'obbligazione del lavoratore utilizzando le regole in materia di mora del creditore. Esse, infatti, in quanto regole trasversali applicabili ad un ampio spettro di obbligazioni corrispettive, *presuppongono risolta a monte la questione dell'oggetto della specifica obbligazione*. Partire dunque dalla prospettiva della mora del creditore risulterebbe fuorviante⁽⁵⁵⁾.

Ritornando allora al cuore della questione, mi sembra che la soluzione più convincente sia quella offerta da chi – pur fedele all'idea dell'obbligazione di fare del lavoratore – sottolinea "la natura strettamente normativa del contenuto del vincolo

⁽⁵⁰⁾ Cfr. L. De Angelis, *Spunti civilistici in materia di prestazione di lavoro*, RGL, 1973, I, 79 ss.; M. Bin, *Sospensione del rapporto per sciopero parziale e adempimento dell'obbligazione lavorativa*, RTDPC, 1978, 52 ss. La posizione era già stata sostenuta da G. Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Giuffrè, Milano, 1964, 76 ss., (anche sulla scorta dell'art. 6, ult. co., r.d.l. 1825/1924 che prevedeva che: "Nel caso di sospensione dal lavoro per fatto dipendente dal principale, l'impiegato ha diritto alla retribuzione normale ..."), cfr. 84: "il datore di lavoro paga non soltanto l'esecuzione effettiva di una certa attività, ma piuttosto al fine di avere a propria disposizione una persona su quei lavori che egli ritenga opportuni. In sostanza egli paga per avere qualcuno ai suoi ordini, mentre il dipendente ha in ogni caso diritto alla retribuzione come compenso per la limitazione di libertà che gli deriva dal fatto di essere subordinato ad altri". L'A. ha poi rivisto la propria posizione cfr. G. Cattaneo, voce *Mora del creditore*, in A. Scialoja e G. Branca (a cura di) *Comm. Cod. Civ., Libro quarto. Delle obbligazioni*, Zanichelli Bologna-II Foro It., Roma, 1973, 72 ss. Per la posizione secondo la quale al contrario l'obbligazione di lavoro consiste in una obbligazione di fare cfr. G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè Milano, 1965, 37 ss.; E. Ghera, F. Liso, voce *Mora del creditore (dir.lav.)*, in *Enc. Dir.*, XXVI, 1997, 980; V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992, 156 ss.; E. Balletti, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione*, Cedam, Padova, 1990, 110 ss.

⁽⁵¹⁾ Per es. nel caso di annuncio di una serrata, così C. Cester, *op. cit.*, 17.

⁽⁵²⁾ Per l'opposta opinione che pur nell'ambito di costruzioni differenti conferiscono rilievo ad eventi impeditivi che colpiscono il sostrato organizzativo v. G. Ghezzi, *op. cit.*, 56 ss.; E. Ghera, F. Liso, *op. cit.*, 981 ss.; V. Speciale, *op. cit.*, 225 ss.; E. Balletti, *op. cit.*, 109 e 257 ss.

⁽⁵³⁾ Cfr. infatti coerentemente G. Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, *op. cit.*, 160.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. G. Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, *op. cit.*, 16 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. L. Zoppoli, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, ESI, Napoli, 1991, 146 osservando come – contrariamente a quanto sostenuto da G. Ghezzi nella sua opera monografica – la questione dell'individuazione dell'oggetto dell'obbligazione non è affatto uno "pseudoproblema".

stesso (e non la sua dimensione sociologica o naturalistica)” con la conseguenza che “la prestazione dovuta ben può identificarsi con comportamenti di *facere differenziabili nel loro coefficiente di attività e nel loro modo di porsi in relazione al soddisfacimento dell’interesse del datore*”⁽⁵⁶⁾ (corsivo mio).

In tal modo il fulcro del ragionamento si sposta dal contenuto del “*facere*” del lavoratore (che può includere le più varie “attività” utili al creditore, fino a quelle di attesa e custodia, ai periodi di “reperibilità” e “disponibilità”⁽⁵⁷⁾) *alle modalità di quel facere*. La subordinazione, per così dire, illumina di sé la prestazione del lavoratore⁽⁵⁸⁾.

Secondo questa impostazione, infatti – a mio parere condivisibile – costituisce oggetto dell’obbligo di lavorare ogni prestazione che, a prescindere dal contenuto, *sia caratterizzata dall’essere subordinata, cioè vincolata – tramite l’esercizio del potere direttivo*⁽⁵⁹⁾ – *alle dinamiche mutevoli dell’organizzazione* o, secondo la formula da altri proposta, “organizzabile”⁽⁶⁰⁾.

Ricade in tal modo pienamente nell’area dell’obbligazione primaria di prestare *ex art. 2094 c.c.* – e non tra le obbligazioni secondarie o accessorie⁽⁶¹⁾ – ogni attività *subordinata* del lavoratore; e vi ricade per tutta la sua estensione temporale, come richiesto del resto da quella strutturale “compenetrazione” fra subordinazione e continuità di cui si è detto in precedenza⁽⁶²⁾. Ne consegue che il tempo della prestazione subordinata, qualunque sia il suo contenuto specifico, deve essere considerato ai fini del calcolo della retribuzione quantitativamente proporzionata *ex art. 36 Cost.*⁽⁶³⁾.

È questa del resto la lettura oggi accolta nel diritto vivente.

È noto, infatti, come all’esito di un lungo percorso⁽⁶⁴⁾ – sviluppatosi per interpretare la nozione di “orario di lavoro”, in contrapposizione a quella di “tempo di riposo”⁽⁶⁵⁾, entrambe poste dalla dir. 2003/88/CE al fine di tutelare la salute del

⁽⁵⁶⁾ Così M. Grandi, voce *Rapporto di lavoro*, *op. cit.*, 337. In senso adesivo C. Cester, *op. cit.*, 21 ss.

⁽⁵⁷⁾ Per la distinzione v. *infra* nota 69.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. in questo ordine di idee V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, Bari, 2008, specie 188 che identifica nel tempo-lavoro l’oggetto del contratto: “*Il tempo è la sostanza oggettiva del contratto di lavoro subordinato. È l’essenza del lavoro. È parametro ontologico del lavoro subordinato proprio quando il lavoro si fa oggetto di un rapporto giuridico patrimoniale; di un rapporto in cui il creditore ha a disposizione (una parte de) il tempo del debitore per la produzione di un bene o servizio. Questo è il Tempo-lavoro. Una formula che [...] enfatizza al massimo il grado di identificazione onto-giuridica fra il tempo ed il lavoro come oggetti del contratto; una formula – il tempo-lavoro identificativa del lavoro subordinato*”.

⁽⁵⁹⁾ Inteso in senso ampio, potendo le direttive essere attuali, potenziali o incorporate nella stessa organizzazione

⁽⁶⁰⁾ Cfr. L. Zoppoli, *op. cit.*, 148.

⁽⁶¹⁾ In questo diverso ordine di idee v. C. Cester, *op. cit.*, 22 ss.; V. Ferrante, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, *op. cit.*, 250 ss.; Id., *I tempi preparatori della prestazione lavorativa: una nozione di “confine”*, DRI, 2022, di prossima pubblicazione.

⁽⁶²⁾ V. *supra* par. 3.

⁽⁶³⁾ Salva ovviamente la possibilità di applicazione *anche* del parametro di proporzionalità qualitativa.

⁽⁶⁴⁾ Sul punto da ultimo cfr. S. Magagnoli, *I criteri interpretativi della nozione di orario di lavoro alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale*, RIDL, 2022, I, 99 ss.; G. Ricci, *La “scomposizione” della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, RGL, 2021, n. 1, 324 ss.

⁽⁶⁵⁾ Ai sensi dell’art. 2 della Dir. è “orario di lavoro”: qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell’esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali”; è “tempo di riposo”. I due concetti si escludono a vicenda, cfr. fra le altre

lavoratore ⁽⁶⁶⁾– la Corte di Giustizia abbia ritenuto che l’elemento cardine per definire se un dato periodo rientri nel concetto di “orario” non dipende dal contenuto dell’attività (che può anche essere diversa da quella abituale ⁽⁶⁷⁾ oppure consistere nel semplice “stare a disposizione” ⁽⁶⁸⁾, cd. “periodi di disponibilità” ⁽⁶⁹⁾), né dall’intensità dell’impegno richiesto al lavoratore ⁽⁷⁰⁾, ma dalla cogenza del vincolo che lega il lavoratore all’organizzazione, in via prioritaria di tipo geografico (riferito, cioè, al luogo in cui il lavoratore deve permanere ⁽⁷¹⁾) e, in via secondaria, anche solo di tipo temporale (i cd. “periodi di reperibilità”), da accertare sulla scorta di elementi indiziari quali per es. la brevità del lasso di tempo per rispondere alla chiamata o la frequenza degli interventi richiesti ⁽⁷²⁾. Quello che conta per qualificare come “orario” un certo periodo di tempo – e in conseguenza per poter considerare “prestazione di lavoro” l’attività che in esso si dispiega – per la Corte è, dunque, *solo la limitazione subita dal lavoratore* che, in virtù dell’impegno assunto, è *impedito nel gestire il proprio tempo e nel dedicarsi, quindi, liberamente ai propri interessi personali e sociali* ⁽⁷³⁾.

Ciò detto, non si può, però, non sottolineare come dalle pronunce della Corte di giustizia emergano ancora molte incertezze, specie con riguardo ai “periodi di

C. Giust., 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*, par. 55. Ne consegue che la direttiva non prevede categorie intermedie fra “tempo di lavoro” e “tempo di riposo”, cfr. C. Giust., 1° dicembre 2005, C-14/04, *Dellas*, par. 43.

⁽⁶⁶⁾ La disciplina della retribuzione esula dal raggio della direttiva (cfr. fra le altre C. Giust., 28 ottobre 2021, C-909/19, *Unitatea Administrativ Territoriala D.*, par. 31-33; C. Giust., 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*, par. 26; C. Giust. 1° dicembre 2005, C-14/04, *Dellas*, par. 38-39); tuttavia le ricadute sulla retribuzione della definizione della nozione eurounitaria di “orario” sono inevitabili nel nostro sistema in considerazione del disposto dell’art. 36 Cost.

⁽⁶⁷⁾ Che può consistere anche in una attività di formazione (cfr. C. Giust., 28 ottobre 2021, C-909/19, *Unitatea Administrativ Territoriala D.*, par. 42 e 46).

⁽⁶⁸⁾ Cfr. C. Giust., 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*, par. 59-60. Il principio è stato ribadito più volte v. C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-580/19, *Stand Offenbach am Main*, par. 34-35; C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-344/19, *Radiotelevizija Slovenija*, par. 34-35.

⁽⁶⁹⁾ Per una prima distinzione – alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia – fra “periodi di disponibilità” e “periodi di reperibilità” v. M. Ferraresi, *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell’orario di lavoro*, in *RIDL*, 2008, I, 110 ss. In base all’evoluzione successiva di quella giurisprudenza si può ritenere che i “periodi di disponibilità” siano quelli caratterizzati dal permanere del lavoratore in un certo luogo definito dal datore di lavoro pronto ad eseguire gli ordini, i “periodi di reperibilità” quei periodi di tempo in cui il lavoratore è disponibile a rispondere in un certo lasso temporale alle chiamate del datore di lavoro.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. C. Giust., 1° dicembre 2005, C-14/04, *Dellas*, par. 43.

⁽⁷¹⁾ Se in origine la Corte aveva dato particolare rilievo all’elemento spaziale, ritenendo determinante che il lavoratore fosse vincolato a rimanere a disposizione nel luogo di lavoro (Cfr. C. Giust. 3 ottobre 2000, C-303/98, *Simap*, par. 48; C. Giust. 9 settembre 2003, C-151/02, *Jaeger*, par. 64-65), questo elemento è andato via via scolorendo, ammettendosi che il lavoratore possa svolgere l’attività anche in luogo diverso da quello abituale (C. Giust., 28 ottobre 2021, C-909/19, *Unitatea Administrativ Territoriala D.*, par. 45) o anche rimanere in attesa presso il proprio domicilio (C. Giust., 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*, par. 60-63), con la precisazione però che in quest’ultimo caso devono ricorrere stringenti vincoli temporali (v. fra le altre C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-344/19, *Radiotelevizija Slovenija*, par. 34-36; C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-580/19, *Stand Offenbach am Main*, par. 43).

⁽⁷²⁾ Cfr. C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-344/19, *Radiotelevizija Slovenija*, par. 37-54; C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-580/19, *Stand Offenbach am Main*, par. 39-55. V. anche C. Giust., 11 novembre 2021, C-214/20, *Dublin City Council*, par. 38-39.

⁽⁷³⁾ Cfr. C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-344/19, *Radiotelevizija Slovenija*, par. 38; C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-580/19, *Stand Offenbach am Main*, par. 44.

reperibilità” (74), circa l’intensità del vincolo ed il conseguente grado di compressione della libertà del lavoratore richiesti per qualificare un dato periodo di tempo come “orario di lavoro”.

Si tratta tuttavia di una questione che – una volta accolta l’idea che qualunque attività o “disponibilità” possa costituire oggetto dell’obbligazione di lavoro – non può che essere risolta sulla base della nozione di subordinazione e, cioè, riconducendo tutto quel tempo in cui il lavoratore è esposto (in via di fatto o potenzialmente) alle direttive datoriali nell’area dell’obbligazione e, dunque, del “tempo di lavoro” (75).

Ne consegue che la giurisprudenza nazionale – in virtù dell’obbligo di conformazione all’interpretazione del diritto euro-unitario assunta dalla Corte di Giustizia – dovrebbe non solo respingere l’idea dell’esistenza di “tempi terzi” fra “orario di lavoro” e di “riposo” (come in effetti fa riguardo ai periodi di “reperibilità” (76), di “disponibilità” (77), al “tempo tuta” o “di vestizione” (78)), ma soprattutto, preso atto che la “prestazione di lavoro” può assumere i più diversi contenuti (l’esecuzione di una attività, di alcune limitate mansioni o anche l’ “essere a disposizione”), deve condurre il ragionamento alla luce del carattere subordinato del vincolo assunto dal lavoratore, verificando cioè se nel periodo di tempo considerato egli sia soggetto (in via attuale o potenziale) agli atti di esercizio del potere direttivo.

Se il vincolo di prestare subordinatamente sussiste, non potrà certo avere rilievo la frequenza con cui in concreto il potere direttivo è esercitato e neppure l’intensità che, per contratto, caratterizza l’impegno assunto dal lavoratore (desunto dalla brevità dei tempi di reazione al comando datoriale). Seguendo questa logica i cd. “tempi preparatori all’adempimento” – come tali non rientranti nell’obbligazione lavorativa e, dunque, da qualificare come “tempi di riposo” – sono destinati quasi a scomparire, riducendosi ad ipotesi estremamente circoscritte, nel corso delle quali il lavoratore non è soggetto al potere direttivo del datore e dunque non è esposto a modifiche unilaterali circa la durata e la quantità del suo impegno (79).

L’intensità del vincolo di subordinazione ed il conseguente grado di compressione della libertà del lavoratore può valere, semmai, per modulare la retribuzione sul piano della *proporzionalità qualitativa*, fermo rimanendo però, anche in questo caso, il rispetto del canone di *proporzionalità quantitativa della retribuzione (nonché di sufficienza) ex*

(74) Sul punto v. S. Bellomo, L. Rocchi, *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, RIDL, 2021, II, 336 ss.

(75) Cfr. le giuste notazioni di S. Magagnoli, *op. cit.*, 105 s.

(76) Cfr. Cass. 19 dicembre 2019, n. 34125; Cass. 27 ottobre 2021, n. 30301, sulla quale T. Maserati, *Reperibilità, disponibilità e determinazione unilaterale del luogo di lavoro: i più recenti approdi euro-unitari della giurisprudenza di legittimità*, DRI, 2022, in corso di pubblicazione.

(77) Cfr. fra le altre Cass. 9 ottobre 2018, n. 24828, relativa ai periodi “di attesa” durante i quali l’autista di un autotreno, rimanendo sul camion, trasferiva la guida ad un collega; v. anche per fattispecie analoga Cass. 2 marzo 2009, n. 5023; Cass. 14 ottobre 2015, n. 20694 relativamente ai “tempi di attesa” dei trasportatori nelle fasi di carico e scarico della merce. Sulla stessa falsariga Cass., 29 maggio 2017, n. 13466.

(78) Cfr. fra le altre Cass., sez. IV, 7 giugno 2021, 15763; Cass., sez. lav., 7 maggio 2020, n. 8623.

(79) Per questa lettura, mi pare, C. Alessi, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, WP. C.D.S.L.E. “Massimo D’Antona”, 123/2011, 13 ss. Per l’opposta opinione fra gli altri gli Autori citati alla nota 62.

art. 36 Cost. ⁽⁸⁰⁾. Il tempo, dunque, è necessario criterio di misura della retribuzione anche per i periodi di “reperibilità e “disponibilità” durante i quali il lavoratore sia soggetto al potere di eterodirezione della controparte.

Il ragionamento appena condotto in generale non può che essere riproposto con riferimento a specifiche tipologie di rapporti di lavoro subordinato caratterizzate da fasi di “disponibilità” o “reperibilità”, come il lavoro agile (che costituisce una semplice modalità di svolgimento di un normale contratto di lavoro subordinato) nei periodi in cui il lavoratore, in qualunque luogo si trovi, deve essere “disponibile” ad eseguire gli ordini datoriali, pur di contenuto ridotto (leggere e/o rispondere alle mail, contattare un cliente, contattare il datore di lavoro per organizzare il lavoro per il giorno successivo); come il rapporto di lavoro dei *riders* (quando siano lavoratori subordinati) in quelle fasi in cui assumono l’impegno a rimanere a disposizione, in un luogo o ovunque si trovino, in attesa dell’incarico da parte della piattaforma.

Lo stesso ragionamento va mantenuto fermo, come subito si dirà, anche con riferimento ad alcune ipotesi contrattuali specificamente disciplinate dalla legge, quali il lavoro somministrato a tempo indeterminato ed il lavoro intermittente con obbligo di rispondere alla chiamata.

6. La “disponibilità” nella struttura dell’obbligazione propria del contratto di lavoro somministrato e del contratto di lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata ed il principio di proporzionalità quantitativa della retribuzione ex art. 36 Cost.

Se si condividono le conclusioni raggiunte circa l’oggetto dell’obbligazione del lavoratore subordinato – che, lo si ribadisce, nella visione qui accolta può includere qualunque attività contraddistinta da subordinazione (sia di “fare”, che di “disponibilità a fare”) ⁽⁸¹⁾ –, ne deriva che né il contratto di lavoro somministrato a tempo indeterminato ⁽⁸²⁾, caratterizzato da fasi di disponibilità del lavoratore all’invio fra una missione e l’altra (v. art. 30, secondo periodo, D.Lgs. 81/2015), né il contratto di lavoro intermittente ⁽⁸³⁾ con obbligo di risposta, caratterizzato dall’aver il lavoratore “garantito

⁽⁸⁰⁾ Problema reale vista l’esiguità dei compensi previsti dalla contrattazione collettiva, spesso nei termini di una “indennità”, per i “periodi di disponibilità” e di “reperibilità”, come sottolinea M. Ferraresi, *op. cit.*, specie 118 ss.

⁽⁸¹⁾ V. *supra* par. 3

⁽⁸²⁾ Cfr. per questa opinione già V. Speciale, *La prestazione di lavoro temporaneo e il trattamento retributivo*, in F. Liso, U. Carabelli (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, Milano, 1999, 289.

⁽⁸³⁾ Il lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata (art. 14, 4 co., D.Lgs. 81/2015) assume al più le vesti di contratto normativo volto al più a porre le condizioni per la successiva stipulazione di contratti di lavoro subordinato, cfr. R. Voza, *Il lavoro intermittente*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Seconda ed., vol. II, Utet-Wolter Kluwers,

al datore di lavoro la propria disponibilità a rispondere alle chiamate” (v. art. 13, 4 co., D.Lgs. 81/2015) ⁽⁸⁴⁾ presentano per questo aspetto deviazioni o tratti di specialità rispetto al tipo di cui all’art. 2094 c.c. ⁽⁸⁵⁾.

In sostanza l’allargamento interpretativo – rispetto alla visione tradizionale – dell’oggetto dell’obbligazione lavorativa permette di includere nel suo spettro anche quelle fasi di “disponibilità” che in queste due particolari figure contrattuali di lavoro subordinato caratterizzano, per legge, la complessiva prestazione promessa ⁽⁸⁶⁾.

Da ciò deriva che l’“indennità” individuata dalla legge quale prestazione corrispettiva dei periodi di disponibilità – a carico del somministratore nel contratto di somministrazione (v. art. 34, 1 co., secondo periodo, D.Lgs. 81/2015), a carico del datore di lavoro nel contratto di lavoro intermittente, v. art. 16 D.Lgs. 81/2015) –, in quanto volta appunto a compensare il “lavoro” reso in forma subordinata (nella sua componente di “disponibilità”), è da considerare a tutti gli effetti retribuzione ⁽⁸⁷⁾.

Né è possibile ragionare diversamente una volta ammessa l’assenza di tratti di specialità rispetto all’art. 2094 c.c. – almeno per questo aspetto – delle due figure contrattuali in discussione, salvo violare quel principio di indisponibilità del tipo che presidia, anche nei confronti della legge, il contratto di lavoro subordinato in quanto tale e che non consente variazioni di disciplina in assenza di una “ragionevole giustificazione” (come richiesto dall’art. 3 Cost.) ⁽⁸⁸⁾.

Il principio di proporzionalità quantitativa posto dall’art. 36 Cost., in quanto criterio di misura necessario ed inderogabile della retribuzione del lavoratore subordinato, deve conformare, allora, anche tali “indennità” (in realtà retribuzione) che devono quindi essere parametrare al tempo di “disponibilità” del lavoratore. Una quantificazione delle “indennità” che non tenga in debito conto la durata dell’impegno richiesto al lavoratore non può che comportare la nullità della clausola contrattuale (individuale e collettiva) che statuisca in modo difforme.

7. Conclusione

Volendo tirare a questo punto le fila del ragionamento, è possibile rispondere come segue alle due domande che ci si è posti all’inizio di questo scritto.

Milano, 2007, 1415 sulla scia di P. Bellocchi, *Le aporie del lavoro intermittente*, ADL, 2005, 572 ss. che però al contempo riconosce al contratto normativo di lavoro intermittente funzioni derogatorie alle norme di legge.

⁽⁸⁴⁾ Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali in alla obbligazione che caratterizza il lavoro intermittente v. R. Romei, *Il contratto di lavoro intermittente*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato a pubblico*, VII ed. 2017, 507 ss. V. da ultimo V. Pinto, *Lavoro intermittente*, in R. Del Punta, F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del Lavoro*, Wolter Kluwer, Milano, 2020, 2752 ss.

⁽⁸⁵⁾ Per ampi riferimenti alla dottrina nelle varie “stagioni” di regolazione legislativa dei due contratti v. A. Occhino, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giapicchelli, Torino, 2010, 215 ss.

⁽⁸⁶⁾ Giunge a conclusioni simili A. Occhino, *op. cit.*, pur ragionando sulla disciplina precedente delle due figure contrattuali in parola (v. rispettivamente 221 per il lavoro somministrato e 229 per il lavoro intermittente).

⁽⁸⁷⁾ Cfr. P. Pascucci, *op. cit.*, 131 ss. Si tratta comunque di opinione diffusa fra chi ha preso in esame le due diverse tipologie contrattuali.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. nota 17.

Da un lato, *quanto ai criteri di misurazione quantitativa della retribuzione*, in virtù della lettura congiunta della regola di proporzionalità retributiva oggettiva *ex art. 36 Cost.* e delle caratteristiche della prestazione promessa dal lavoratore *ex art. 2094 c.c.*, l’“equa retribuzione” imposta dalla Costituzione va sempre *misurata in base al tempo*.

Dall’altro lato, *quanto al lasso temporale da prendere in considerazione ai fini della misurazione*, esso deve riguardare tutta l’estensione della “prestazione” promessa, includendo in essa, in dipendenza dell’oggetto dell’obbligazione assunta dal lavoratore, ogni attività (sia essa di “fare” o di “disponibilità a fare”) *soggetta al potere direttivo datoriale*.

Bibliografia

- Alessi C., *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, in WP. C.D.S.L.E. “Massimo D’Antona, 123/2011.
- Ballestrero M. V., *Intervento*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Genova 4-5 aprile 1986, Giuffrè, Milano, 1987, 163 ss.
- Balletti E., *La cooperazione del datore all’adempimento dell’obbligazione*, Cedam, Padova, 1990.
- Bano F., *Il tempo come criterio di verifica dell’adempimento*, in RGL, 1998, I, 129 ss.
- Bavaro V., *Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro subordinato*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 13 ss.
- Bavaro V., *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, Bari, 2008.
- Bellocchi P., *Le aporie del lavoro intermittente*, in ADL, 2005, 567 ss.
- Bellomo S., Rocchi L., *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, in RIDL, 2021, II, 336 ss.
- Bianca M., *Il contratto*, in *Diritto Civile*, 3, Giuffrè, Milano, 1984.
- Bin M., *Sospensione del rapporto per sciopero parziale e adempimento dell’obbligazione lavorativa*, in RTDPC, 1978, 52 ss.
- Bolego G., *Flessibilità dell’orario di lavoro e proporzionalità della retribuzione*, in LD, 1998, I, 53 ss.
- Caruso B., *La retribuzione e l’orario di lavoro “alla corte” della flessibilità (le manovre sull’orario di lavoro come strumento di flessibilizzazione della retribuzione)*, in QDLRI, 1995, 17, 79 ss.
- Cattaneo G., *La cooperazione del creditore all’adempimento*, Giuffrè, Milano, 1964.
- Cattaneo G., voce *Mora del creditore*, in Scialoja e Branca (a cura di) *Comm. cod. civ., Libro quarto. Delle obbligazioni*, Zanichelli Bologna-Il Foro It., Roma, 1973, 72 ss.
- Cester C., *Obbligazione di lavoro e diligenza*, in C. Cester, M. G. Mattarolo, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104 c.c.* in P. Schlesinger già diretto da, F. D. Busnelli continuato da, *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè, Milano, 2007, 5 ss.
- Corrado R., *Trattato di diritto del lavoro*, Utet, Torino, 1965.
- De Angelis L., *Spunti civilistici in materia di prestazione di lavoro*, in RGL, 1973, I, 79 ss.
- De Luca Tamajo R., *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in GDLRI, 1986, n. 31, 433 ss.
- Di Molfetta S., Mezzini R., *La contrattazione collettiva ed i nodi irrisolti in materia di lavoro agile*, in LLI, 2021, II, 112 ss.
- Ferrante V., *I tempi preparatori della prestazione lavorativa: una nozione di “confine”*, in DRI, 2022, di prossima pubblicazione.
- Ferrante V., *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino, 2008.
- Ferraresi M., *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell’orario di lavoro*, in RIDL, 2008, I, 93 ss.
- Garilli A., *La subordinazione e i suoi confini nel pensiero di Massimo Roccella e nell’evoluzione ordinamentale*, in P. Aimò, A. Fenoglio, D. Izzi (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Università degli Studi di Torino-ESI, 2021, 503 ss.
- Ghera E., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2006.
- Ghera E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002.
- Ghera E., Liso F., voce *Mora del creditore (dir. lav.)*, in *Enc. Dir.*, XXVI, 1997, 977 ss.
- Ghera E., *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, in GDLRI, 1988, 621 ss.
- Ghera E., *Intervento*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Genova 4-5 aprile 1986, Giuffrè, Milano, 1987, 70 ss.
- Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965.

- Giugni G., *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, in RGL, 1968, I, 3 ss.
- Grandi M., *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in ADL, 2004, 725 ss.
- Grandi M., voce *Rapporto di lavoro*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, 313 ss.
- Ichino P., *Il contratto di lavoro*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 2000.
- Ichino P., *Il tempo della prestazione di lavoro. Continuità giuridica e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Giuffrè, Milano, 1984.
- Liso F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982.
- Loffredo A., *Autodeterminazione della prestazione, poteri e tempo: dirigenti e lavoro a progetto*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 53 ss.
- Lombardi M., *I tempi del tempo: sul legame interrotto fra tempo e subordinazione nel lavoro in ambito universitario*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 93 ss.
- Magagnoli M., *I criteri interpretativi della nozione di orario di lavoro alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale*, in RIDL, 2022, I, 99 ss.
- Marazza M., *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2001.
- Maserati T., *Reperibilità, disponibilità e determinazione unilaterale del luogo di lavoro: i più recenti approdi euro-unitari della giurisprudenza di legittimità*, in DRI, 2022, in corso di pubblicazione.
- Naimoli S., *“Visibile” e “invisibile” nel rapporto di lavoro nello spettacolo: tempi e subordinazione*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 71 ss.
- Napoli M., *Contratti e rapporti di lavoro, oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Tomo II, Giuffrè Milano, 1995, 1057 ss.
- Nogler L., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in RIDL, 1990, I, 182 ss.
- Occhino A., *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010.
- Oppo G., *Obbligazioni e negozio giuridico*, *Scritti giuridici*, III, Cedam, Padova, 1992, 201 ss.
- Pascucci P., *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, in *La retribuzione. Atti del XIX Congresso Nazionale di Diritto del lavoro*, Palermo, 17-19 maggio 2018, Giuffrè, Milano, 2019, 59 ss.
- Persiani M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.
- Perulli A., *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e prestazioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni), Giuffrè, Milano, Tomo I, 1996.
- Pessi R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989.
- Pinto V., *Lavoro intermittente*, in R. Del Punta, F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del Lavoro*, Wolter Kluwer, Milano, 2020, 2752 ss.
- Ricci G., *La “scomposizione” della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in RGL, 2021, I, p. 321 ss.
- Ricci G., *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milano, 2005.
- Roccella M., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 65/2008.
- Romei R., *Il contratto di lavoro intermittente*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato a pubblico*, VII ed. 2017, 507 ss.
- Santoro Passarelli F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1995, 35 ed.
- Santos Fernandez M. D., *L'idoneità qualificatoria del tempo nel telelavoro subordinato*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 61 ss.
- Siotto F., *Il paradigma tempo tra subordinazione e lavoro immateriale*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 39 ss.

- M.T. CARINCI, *Sul principio di proporzionalità quantitativa della retribuzione al "lavoro prestato" ex art. 36 Cost.*
- Spagnuolo Vigorita L., *Impresa, rapporto di lavoro, continuità (Riflessioni sulla giurisprudenza)*, in RDC, 1969, I, 545 ss.
- Speziale V., *La prestazione di lavoro temporaneo e il trattamento retributivo*, in F. Liso, U. Carabelli (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, Milano, 1999, p. 287 ss.
- Speziale V., *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992.
- Tandoi A., *La subordinazione "vincolata" nel lavoro sportivo*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 83 ss.
- Tursi A., *Le metamorfosi del tempo di lavoro*, in DRI, 2022, 2, 464 ss.
- Treu T., *Commento all'art. 36 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, G. Branca (a cura di), *Rapporti Economici*, Tomo I, Art. 35-40, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 72 ss.
- Voza R., *Il lavoro intermittente*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Seconda ed., vol. II, Utet-Wolter Kluwers, Milano, 2007, 1400 ss.
- Zoppoli L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, ESI, Napoli, 1991.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

L'orario di lavoro tra presente e futuro

VINCENZO FERRANTE
Università Cattolica di Milano

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695



L'orario di lavoro fra presente e futuro

VINCENZO FERRANTE

Università Cattolica di Milano
Ordinario di Diritto del lavoro
vincenzo.ferrante@unicatt.it

ABSTRACT

The essay's subject matter is the discipline of working hours in relation to both the most recent rulings of the European Court of Justice and Directive no. 1152 of 2019. The author argues that in order to understand the meaning of the provisions, it is necessary to link wage to working time.

Keywords: working time; European legislation; Court of Justice; transparent and predictable working conditions.

[https://doi.org/ 10.6092/issn.2421-2695/15113](https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/15113)

L'orario di lavoro fra presente e futuro

SOMMARIO: 1. Premessa: nuovi lavori e disciplina dell'orario. – 2. Perché preoccuparsi del tempo di lavoro? – 3. Il sommarsi delle norme europee, della legge e della contrattazione collettiva. – 4. Le ultime pronunzie della Corte di Giustizia in tema di reperibilità. – 5. Organizzazione del lavoro e ipotesi non regolate per legge. – 6. La prevedibilità dell'impegno lavorativo nella direttiva 1152 del 2019 e nei progetti di trasposizione al momento in discussione. – 7. Le questioni poste dall'esigenza di procedere alla corretta trasposizione della direttiva: il lavoro part time. – 8. Il lavoro a chiamata e per prestazioni occasionali o accessorie. – 9. Il lavoro "agile".

1. Premessa: nuovi lavori e disciplina dell'orario

Il mai sopito dibattito, in ordine alla definizione di subordinazione, ha finito per far emergere l'idea che si debba procedere ad individuare un nuovo tipo contrattuale destinato ad accogliere le nuove forme di lavoro che faticherebbero a mantenersi nei limiti della nozione di subordinazione dettata dal codice, ovvero l'idea che si debba procedere ad una qualche forma di revisione o ammodernamento dei tradizionali indici utilizzati dalla giurisprudenza, attribuendo a tal fine un ruolo nuovo alle diverse modalità di organizzazione del tempo di lavoro. Essenziale a tal fine è stata la previsione di cui all'art. 2, d. lgs. n. 81/2015, seppure essa sia rimasta in vigore solo per un breve tempo, là dove ai fini dell'equiparazione al lavoro subordinato si faceva menzione del potere dell'imprenditore committente di organizzare le prestazioni rese «anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro»⁽¹⁾.

Il fatto che la norma sia stata presto abrogata e che, al di là del celebre caso dei *riders* torinesi, essa non abbia praticamente avuto nessuna pratica applicazione giurisprudenziale dispensa dall'analisi della torrenziale produzione dottrinale sul punto⁽²⁾, dovendosi solo ribadire a tal fine come, ove non ci si voglia avventurare nella progettazione di possibili (e spesso del tutto personali) soluzioni *de jure condendo*, la nozione dell'art. 2094 c.c. resta, al momento, la sola definizione positiva con cui si deve confrontare l'interprete. Ed è di tutta evidenza che, a mente di tale previsione, l'organizzazione per atto unilaterale dell'imprenditore del tempo di lavoro non possa assumere un ruolo diverso e distinto dall'organizzazione del lavoro stesso (e dunque dal classico elemento dell'etero-direzione), come icasticamente appare dimostrato dalla considerazione che il lavoratore subordinato può rimanere in certi casi libero di

⁽¹⁾ Come è noto, questa espressione è stata poi eliminata dal testo della disposizione dall'art. 1, co. 1, lett. a), d.l. n. 101/2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 128/2019.

⁽²⁾ Ci si limita qui a richiamare la tesi difensiva della società, condensata in P. Tosi, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, *ADL*, 2015, 6, I, 1117 ss. e la più recente sintesi F. Carinci, *Il percorso giurisprudenziale sui "rider". Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020*, *ivi*, 2021, 1, I, 1 ss.

organizzare autonomamente la propria prestazione (come nel caso del dirigente, o del personale direttivo di cui all'art. 17, co. 5, d. lgs. n. 66/2003) e che, in altri casi, il prestatore di lavoro autonomo sarà obbligato a rendere la sua prestazione entro un contesto spaziale e temporale determinato *ex ante* secondo le esigenze del committente (come per l'ipotesi che si chieda all'avvocato di difendere il proprio cliente, ad una data udienza, avanti un certo tribunale).

Né la conclusione in ordine alla irrilevanza dell'organizzazione del tempo di lavoro muta ove pure si richiami la disciplina del lavoro "agile", sia che si tratti di dare applicazioni delle previsioni della l. n. 81/2017 (che espressamente riconoscono l'assenza di collegamento necessario fra la condizione di subordinazione e i «vincoli di orario»), sia che si faccia riferimento alla ben nota disciplina emergenziale, posto che, anche in tali casi, si è potuto constatare come il rispetto di un certo intervallo temporale possa, semmai, rilevare ai fini della conservazione del diritto al buono pasto⁽³⁾, senza che esso acquisisca rilievo ai fini della qualificazione della fattispecie (che si mantiene negli ambiti della subordinazione).

In verità, la disciplina dell'orario di lavoro poco si presta, per i suoi contenuti e per la sua storia, ad interagire con la questione della subordinazione posto che essa manifesta semmai uno stretto collegamento con la retribuzione e, dunque, con la materia che, più delle altre, si sottrae, anche per disposto costituzionale, ad una regolazione per legge, salvo che per quei profili che attengono alla individuazione di soglie massime (e minime), al pari che per l'età e che appartengono ad una sfera che evoca la più elementare protezione dell'individuo.

Nelle pagine che seguono, dunque, seppure con una certa frammentarietà, si cercherà di fare il punto in ordine alle più recenti evoluzioni della materia, provando a tracciare un bilancio sui quasi trent'anni di applicazione della direttiva n. 104 e sui possibili futuri sviluppi della disciplina di legge. Per assolvere ad un tale compito è necessario però partire dai primordi, per poter correttamente rappresentare al lettore quali siano le funzioni cui assolve la disciplina di legge, quali le differenziazioni già presenti nella disciplina (specie regolamentare) più antica e quali i futuri possibili ambiti di sviluppo della materia.

2. Perché preoccuparsi del tempo di lavoro?

È opinione diffusa che, se si dovesse provare a descrivere i cambiamenti che si sono accompagnati nella vita quotidiana al sorgere della società industriale, alla metà del XIX secolo, la modifica dei ritmi quotidiani sarebbe uno degli elementi più rilevanti,

⁽³⁾ Trib. Venezia, 8 luglio 2020, n.3463, *DRI*, 2021, 3, 857 ss., secondo la cui massima: «Il buono pasto è erogato al lavoratore in presenza di una determinata articolazione oraria, definita dalla contrattazione collettiva, che non è ravvisabile in caso di lavoro agile, ove il lavoratore sia libero di organizzare la prestazione sotto il profilo temporale». Sul tema v. ancora *infra* par. 9.

poiché, fino all'avvento dell'organizzazione produttiva della fabbrica industriale, il tempo era scandito da un calendario che prevedeva varie interruzioni per momenti di festa comune (per ricorrenze civili e religiose) e che, più in generale, si modellava sull'alternarsi delle stagioni. E tanto appare evidente, ove si abbia in mente la perdurante importanza dell'agricoltura (che in Italia, viene meno solo alla metà del XX secolo) e, andando ancora più indietro negli anni, l'assenza di mezzi individuali di sicura misurazione del tempo.

Non deve stupire, allora, se l'orario di lavoro⁽⁴⁾ costituisce uno dei primissimi oggetti delle rivendicazioni operaie e del successivo intervento della disciplina di legge, a fronte del così profondo modificarsi di istituzioni sociali millenarie, ora costrette a conformarsi ai ritmi imposti dalla logica della produzione industriale. Tale richiesta va di pari passo con l'aspirazione a concordare collettivamente (orari e) salari e anticipa ogni altro intervento di legge quanto alla disciplina eteronoma del rapporto di lavoro (se si eccettuano quelle in ordine all'età minima e al lavoro femminile).

In questo senso la limitazione dell'orario giunge con anticipo considerevole rispetto al momento in cui si è regolata l'alternativa fra assunzione a tempo indeterminato o a termine, o si è richiesta una giustificazione per legittimare il licenziamento, secondo una considerazione valoriale che oggi forse si farebbe fatica ad accettare, posto che a pochi viene in mente di richiamare un'esigenza di tutela della dignità umana con riguardo alle limitazioni del tempo di lavoro, mentre pacifico deve apparire il collegamento che la Costituzione italiana del 1947 instaura fra salario, orario e *decent work* nell'ambito dei tre commi dell'art. 36.

Tuttavia, la limitazione della durata della prestazione lavorativa per disposto imperativo di legge non si esaurisce nella sola prospettiva di assicurare al prestatore che il lavoro non assorba una parte troppo ampia della sua vita (così da lasciargli a disposizione "un tempo per sé"), perché numerose sono le finalità che si possono perseguire attraverso la regolazione legale dell'orario di lavoro. Ed in effetti, l'orario di lavoro, al contempo, è: misura della prestazione e del diritto alla retribuzione; elemento rilevante ai fini del costo complessivo delle merci prodotte; strumento essenziale per la tutela della salute del lavoratore; possibile leva di redistribuzione delle occasioni di lavoro; ambito nel quale può

(4) Sull'argomento, limitando i rinvii alle sole monografie di ordine generale, v. P. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1984 e 1985, Id., *L'orario di lavoro e i riposi, artt. 2107-2109*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 1988 (II ediz., 2012, insieme a L. Valente); *Orario di lavoro*, a cura di F. Carinci, Ipsoa, 2000; V. Leccese, *L'orario di lavoro, Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, 2001; A. Allamprese, *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro. Quadro normativo e poteri individuali*, Kluwer Ipsoa, 2003, G. Bolego, *Il lavoro straordinario. Fattispecie, disciplina e tecniche di tutela*, Cedam, 2004; G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, 2005; a commento del d. lgs. n. 66 v. C. Cester - M. G. Mattarolo - M. Tremolada, *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Giuffrè, 2004; V. Leccese, *Orario di lavoro: la normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, 2004 (con contributi di A. Allamprese; V. Bavaro; S. Bellomo; G. Bolego; L. Calafà; C. Spinelli ed aa.); *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, a cura di M. Napoli, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, (con contributi di: V. Bavaro; M. Corti; V. Ferrante; M. Lai; V. Leccese; A. Occhino).

consentirsi il cumulo delle responsabilità professionali e familiari, così da assicurare parità di opportunità fra i generi⁽⁵⁾.

Ma non è tutto, perché si deve pure accennare alla ragione per cui la disciplina dell'orario costituisce, dai primordi, un settore che trova regolamentazione internazionale, tanto che la prima convenzione che fu stipulata in seno all'OIL nel 1919 è dedicata proprio all'orario di lavoro nel settore industriale⁽⁶⁾. Ed invero, già dal XIX secolo si è avuto modo di registrare l'esigenza di un coordinamento fra le singole legislazioni nazionali, al fine di definire una base comune a tutti gli stati, a ragione dell'esigenza di una tendenziale convergenza dei costi di produzione, utile a far sì che gli scambi commerciali, conseguenti all'apertura delle frontiere a seguito della stipula di convenzioni di libero scambio, non fossero costretti a registrare l'inondazione dei mercati dei paesi più ricchi da parte di merci prodotte in paesi dove minore è l'attenzione per i diritti dei lavoratori⁽⁷⁾.

Si tratta, a tutt'evidenza, di una convergenza solo parziale, seppur rafforzata dal principio di parità fra i sessi (e dall'allineamento sui cc.dd. *core labour standards*), mentre è restato a lungo affidato all'ordinamento interno il compito di individuare la risposta che meglio si adatti, rispetto al contesto, al modificarsi dei ruoli sociali e familiari, così da assicurare una maggior tutela a quanti, soprattutto donne, sono chiamate a conciliare impegni di vita e di lavoro, posto che il c.d. *work-life balance* solo da poco è venuto a costituire oggetto di attenzione normativa espressa da parte dell'Unione⁽⁸⁾.

Né queste preliminari considerazioni si arrestano qui, perché pure si deve aggiungere che, ogni qualvolta la legge è intervenuta, imponendo un taglio di orario rispetto al passato, l'organizzazione del lavoro, sia all'interno delle singole aziende, sia in termini di valori aggregati, è stata costretta a fronteggiare la sfida conseguente, specie per quelle funzioni che finivano per registrare carenza di manodopera. Il risultato, su questo piano, è stato spesso quello di un complessivo incremento della produttività media, individuale e collettiva⁽⁹⁾, con l'effetto di realizzare una sorta di colossale “taglio dei tempi” di tutta la popolazione attiva, spinta verso i ritmi sempre più incalzanti, un tempo

⁽⁵⁾ Per la ricostruzione degli interessi perseguiti dal legislatore rinvio al mio *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, 2008, cap. I. La medesima impostazione si rintraccia nel capitolo iniziale del volume AA. VV. *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, El Derecho, 2020.

⁽⁶⁾ A riguardo rinvio al mio *L'Italia e l'OIL*, in *A tutela della prosperità di tutti*, a cura di V. Ferrante, Giuffrè, 2020, 25 ss.; alla convenzione oramai può riconoscersi un valore prevalentemente storico, in quanto sopravanzata da successive discipline.

⁽⁷⁾ Rinvio al mio *Libertà economiche e diritti dei lavoratori*, Vita e Pensiero, 2020.

⁽⁸⁾ Sulla direttiva 1158 del 20 giugno 2019 (che abroga la dir. 2010/18/UE) si v. C. Alessi, *La direttiva 2019/1158/UE. Alcune riflessioni su congedi di paternità e flessibilità del lavoro*, in *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, a cura di M. Corti, Vita e Pensiero, 2022, 29 ss. Sulla coeva dir. 1152/2019 su “condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili”, rinvio al mio *Novità dall'Europa nella regolazione dell'orario di lavoro. La direttiva n. 1152 del 2019*, *ivi*, 99 ss. nonché J.M. Miranda Boto, *Annotazioni sulla nuova direttiva (UE) 2019/1152*, *ivi*, 59 ss.

⁽⁹⁾ A riguardo v. già E. Milhaud, *The Results of the Adoption of the Eight-Hour Day: The Eight-Hour Day and Technical Progress*, *Int. Labour Review*, 1925; G. Bosch - S. Lehdorff, *Working-Time Reduction and Employment: Experiences in Europe and Economic Policy Recommendations*, *Camb. Jour. of Economics*, 25, 2, 2001, 209-43.

tradizionali solo alla pubblicistica giapponese, ma oramai ben noti, sotto la forma dello *stress lavoro-correlato*, all'ordinamento di tutti i paesi europei.

Una simile pluralità di significati non sempre emerge con chiarezza sul piano normativo, posto che differenti possono essere i contesti in cui la disciplina viene ad essere applicata, di modo che, per es., poco rilevante sarà la disciplina di legge per chi sia chiamato ad orari "di ufficio", ripetitivi e nel complesso brevi, mentre profili del tutto differenti possono venire in rilievo, per es., in relazione al personale dirigenziale investito di un'attività prolungata, o all'operaio obbligato al rispetto di turni avvicendati, o al ciclo-fattorino impegnato per archi di tempo lunghissimi pur di mettere insieme una prestazione lunga a sufficienza da assicurargli una retribuzione dignitosa.

Quest'ultimo profilo, collegato alla precarietà dell'impiego (talora, anche a tempo indeterminato), è per certi versi il più attuale, tanto che come si dirà più avanti una recente direttiva europea cerca di disciplinare questi aspetti, per certo estranei alla direttiva 88 del 2003, così anticipando altresì l'iniziativa più recente, ed ancora *in itinere*, volta a regolare il lavoro per il tramite di piattaforme⁽¹⁰⁾.

In quest'ambito, non si deve dimenticare il già richiamato collegamento fra diritto all'equa retribuzione e limiti alla durata della prestazione lavorativa, scolpito nell'art. 36 Cost. e recentemente pure rintracciabile nell'accostamento fra gli artt. 5 e 6 del c.d. *social Pillar* dell'Unione europea⁽¹¹⁾: il tema, anzi, dopo aver a lungo infiammato il dibattito che si sviluppò a cavallo fra la fine degli anni '60 e i primi anni '80, quando si dovette trovare una collocazione normativa e sistematica al lavoro *part time*⁽¹²⁾, sembra ora poco presente alla giurisprudenza, oramai robusta, che si è pronunziata sulle vicende *dei riders*, la quale pare più interessata ad individuare i minimi retributivi oraria di origine collettiva applicabili, che a ragionare sull'articolazione organizzativa della prestazione, resa solo all'esito di lunghi periodi intermedi di inattività (che sembrano perciò rimanere privi di specifica attenzione)⁽¹³⁾.

Ed invero il mescolarsi di tempi di attesa e di lavoro merita di essere qui esaminato, posto che, mentre in passato la prevedibilità (e la standardizzazione) degli orari di lavoro veniva tutelata grazie al disincentivo del lavoro straordinario⁽¹⁴⁾, la legislazione più recente ha rimosso quasi ogni ostacolo nei confronti delle forme di lavoro estremamente

⁽¹⁰⁾ V. *infra* parr. 6, 7 e 8.

⁽¹¹⁾ V. gli AA. cit. a nota 8.

⁽¹²⁾ Il dibattito riecheggia ancora nella relazione al congresso AIDLASS di Ferrara del 2000, v. L. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, DRLI, 2000, 86, 181 ss., anche in M. Napoli (a cura di), *Il contratto di lavoro*, Vita e Pensiero, 2004, che conclude affermando che «i lavori atipici offrono un'alternativa diversa dalla disoccupazione» (par. 8, 111).

⁽¹³⁾ Mi riferisco alle oramai numerose pronunzie relative ai ciclo-fattorini, nelle quali l'analisi si concentra sulla qualificazione del rapporto e sulla disciplina collettiva applicabile, mentre mai si rintraccia un profilo che attenga alla variabilità dell'orario, malgrado le precise previsioni che a riguardo detta il d. lgs. 81 del 2015, regolando il lavoro a *part time*.

⁽¹⁴⁾ Attuato anche attraverso un maggiore peso contributivo, secondo le indicazioni di cui all'art. 13, co. 2, d. lgs. 196/1997 e già con i divieti di cui all'art. 5 bis, r.d. l. n. 692/1923 (v. *infra*, nt. 23).

flessibile, puntando semmai a dissuadere le imprese dal ricorso al lavoro a termine. Eppure, la giurisprudenza costituzionale aveva in passato indicato con grande chiarezza⁽¹⁵⁾ che l'occupazione a tempo parziale, ove non opportunamente regolata, può costituire un ostacolo al raggiungere un livello di retribuzione mensile conforme al principio costituzionale dell'equo salario, il quale, per la sua importanza, non può cedere il passo ad una indiscriminata applicazione del criterio *pro rata* di cui all'attuale art. 7, d. lgs. n. 81/2015.

Siffatta indicazione si era inizialmente tradotta, quando l'ordinamento italiano fu chiamato a conformarsi alla dir. n. 97/81/CE, nell'enunciazione del principio, nato dall'elaborazione formatasi sulle più antiche previsioni del 1984 (l. n. 863), secondo cui: «nel contratto di lavoro a tempo parziale è contenuta puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno» (così art. 5, co. 2, d. lgs. 81/2015 e già prima, art. 2, co. 2, d. lgs. n. 61/2000). Per quanto l'enunciato normativo ora citato sia rimasto ininterrottamente in vigore da allora, la sua portata è stata palesemente erosa dal venir meno della rigorosa disciplina delle clausole che consentono il prolungamento (e/o lo spostamento) della prestazione lavorativa, non solo per dar ascolto alle pressanti richieste che provenivano da parte datoriale, ma anche grazie all'indifferenza del sindacato, che poco si è dimostrato incline a tutelare meccanismi pensati soprattutto a garanzia dei diritti delle donne che popolano il mercato del lavoro.

Da qui una quasi immediata modifica delle originarie previsioni del d. lgs. n. 61⁽¹⁶⁾ e, di lì a poco, la riscrittura integrale della disciplina, a seguito del d. lgs. n. 276/2003 che, pur mantenendo la formula che sopra si è richiamata, finiva per travisare le indicazioni della Consulta, intendendole nel senso che l'imprevedibilità dell'impegno lavorativo è comunque giustificata a fronte di una maggiorazione retributiva. In altri termini, il principio dell'equo salario è stato inteso nel senso che la disponibilità alla modifica oraria deve essere retribuita e non nel significato, validato dalla giurisprudenza costituzionale, della legittimità di previsioni sanzionatorie dirette a limitare, se non impedire, le modifiche unilaterali⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Il riferimento è alla sent. 210 del 1992: la pronuncia, che ha costituito fondamento della mia monografia *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, 2008, viene presa come punto di avvio della recente ricerca di G. Calvellini, *La funzione del part-time: tempi della persona e vincoli di sistema*, Esi, 2020 (spec. 133 e 274 ss.) ed è richiamata altresì da V. BAVARO nella sua *Introduzione* a quello stesso volume (13). La questione che richiedeva il giudizio della Corte atteneva alla legittimità della conversione a tempo pieno di rapporti di lavoro, che avessero avuto attuazione senza il rispetto del principio enunciato nel testo: la giurisprudenza di legittimità, infatti, applicava la conversione non solo *pro futuro* (secondo la norma poi introdotta dal d. lgs. 61/2000, ma con salvezza di un indennizzo), ma anche per il pregresso, riconoscendo così la retribuzione per prestazioni mai di fatto effettuate.

⁽¹⁶⁾ Operata con il d. lgs. n. 100/2001.

⁽¹⁷⁾ Sul punto si tornerà *infra* quando si dovrà esaminare lo schema di decreto legislativo diretto alla trasposizione nell'ordinamento interno della dir. n. 1152/2019.

A fronte di significati così vasti, non deve stupire allora il fatto che, se ben esplorata, la disciplina di oramai quasi un secolo fa già si mostrava del tutto consapevole delle tante implicazioni che la regolamentazione eteronoma pone ai singoli e alle parti collettive (anche sul piano della stessa legittimità di un intervento imperativo di legge⁽¹⁸⁾), come potrebbe, in fondo, dimostrare il fatto che il r. d.l. n. 692/1923 ha resistito per decenni senza veri e propri interventi di revisione della normativa regolamentare collegata (tanto che alcune di queste più specifiche disposizioni sono ancora in vigore, perché fatte salve dall'art. 8, d. lgs. n. 66/2003, là dove si regolano le pause).

Ed invero, a differenza del più recente d. lgs. n. 66/2003, che è direttamente modellato sul testo della direttiva 104 del 1993 (di lì a poco consolidato nella dir. 88 del 4 novembre 2003), quella legislazione poteva giovare sia della vicinanza con la disciplina della già ricordata Convenzione OIL n. 1 del 1919 (nata peraltro all'esito di un precedente confronto in sede internazionale), sia del lungo dibattito politico-sociologico che si era venuto sviluppando sull'alienazione del tempo dell'operaio ed in particolare sul c.d. *plus-valore*, inteso nella terminologia marxiana quale parte della prestazione che viene resa oltre il punto che consentirebbe invece uno scambio equilibrato fra prestazione e lavoro.

In questo senso, la contrapposizione fra tempo di lavoro e di non lavoro che in un celebre scritto⁽¹⁹⁾ si è criticata in riferimento alla legislazione europea, con l'implicita proposta di introdurre una normativa specifica per le forme intermedie, non avrebbe avuto ragione di trovare accoglienza nella disciplina italiana antecedente il d. lgs. n. 66/2003, posto che già le disposizioni di cui al r.d.l. n. 692/1923 ammettevano, seppur implicitamente, la sussistenza di un tempo di lavoro "non effettivo" (come per il caso delle pause, dei riposi intermedi e del tempo necessario per recarsi al lavoro, tutti espressamente normati), con ciò preoccupandosi del fatto che l'attività lavorativa potesse occupare una porzione di giornata ben più ampia di quella impiegata per rendere una prestazione utile⁽²⁰⁾.

Il vero è che il dibattito più recente è stato fortemente influenzato dalla direttiva europea e, soprattutto, dalla circostanza che essa, a fronte di una quasi sostanziale paralisi dell'attività normativa della Commissione⁽²¹⁾, è venuta assumendo un ruolo sempre

⁽¹⁸⁾ Non si dimentichi invero che nella giurisprudenza costituzionale americana la legittimità dell'intervento a protezione del lavoratore emerge proprio con riguardo alla legislazione che limitava l'orario dei panifici, secondo una prassi diffusa anche in Europa.

⁽¹⁹⁾ *Il futuro del lavoro* (ediz. italiana a cura di Barbieri e Mingione), a cura di A. Supiot, Carocci, 2003, 69 ss. (ediz. francese 1999, con il titolo *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*: costituisce il testo di un rapporto predisposto su mandato della Commissione europea).

⁽²⁰⁾ A riguardo, oltre quanto più avanti si dirà nel testo con riguardo al soggetto del presente scritto, basti richiamare l'art. 5, n. 3 del regol. n. 1955, ancor oggi vigente in forza del richiamo effettuato dall'art. 8, co. 3, d. lgs. n. 66 (v. *supra* nel testo), che impedisce che possano darsi pause più lunghe di due ore, fra l'inizio e la fine della prestazione giornaliera, imponendo, in caso contrario, la loro parificazione al lavoro effettivo.

⁽²¹⁾ Tanto che la Commissione è stata costretta ad emanare un documento che solo si limita a mettere ordine nella giurisprudenza della Corte: v. *Interpretative Communication on Directive 2003/88/EC of the EP and of the Commission concerning certain aspects of the organisation of working time* (2017/C 165/01)

maggiore nel panorama europeo, grazie alle numerose pronunzie che si sono registrate in relazione alle sue previsioni, molte delle quali hanno avuto ad oggetto proprio la definizione di tempo di lavoro, contenuta nel suo art. 2, che, come è noto, si incentra sulla contrapposizione fra tempo di lavoro e tempo di riposo⁽²²⁾, quasi che questa bipartizione venga ad esaurire le tante modalità di organizzazione della prestazione (il tempo standard, il lavoro notturno, i turni avvicendati o no, lo straordinario, la modifica del momento di inizio e di fine della prestazione, il tempo di attesa e di custodia, la disponibilità domestica nonché quella prestata all'interno dei locali aziendali, i tempi di viaggio e di vestizione, i tempi particolarmente prolungati di certe attività, come il personale viaggiante o quello *offshore*, i riposi intermedi o quelli necessari alla consumazione del pasto etc. etc.).

Il confronto fra le due discipline, nazionale ed europea, diverse per anzianità e per ambito di applicazione, tuttavia, non sarebbe onesto, ove non si tenesse conto del fatto che entrambe, per ragioni diverse, poco si preoccupano degli aspetti retributivi, o perché questi fuoriescono dalle limitate competenze normative soprannazionali dell'Unione (come subito meglio si dirà) o perché, come nel caso della più antica disciplina nazionale, si dà per scontato che è solo la prestazione di lavoro che acquista rilievo ai fini del maturare del diritto alla retribuzione ordinaria che merita di essere limitata, di modo che, al di là delle tante indicazioni definitorie, si finisce poi per rinviare alla contrattazione collettiva (ed in assenza di questa, ai principi generali in tema di obbligazioni) il riconoscimento di un trattamento retributivo di tipo indennitario per tutti gli aspetti connessi all'impiego individuale del tempo⁽²³⁾.

3. Il sommarsi delle norme europee, della legge e della contrattazione collettiva

La rigida attribuzione di specifiche competenze all'Unione ha, sino ad ora, impedito che la direttiva 88 del 2003 potesse, al di là della previsione di un diritto a ferie "retribuite" di cui all'art. 7(1) dir., debordare dagli ambiti che ne costituiscono fondamento giuridico nel 1993⁽²⁴⁾, di modo che la Corte, chiamata a pronunziarsi sulla retribuzione dovuta in caso di pronta reperibilità (assimilata, come è noto, al lavoro effettivo da una lunga serie di pronunzie⁽²⁵⁾), ha affermato che è del tutto lecito riconoscere al tempo (di lavoro) passato in attesa di una chiamata (per

⁽²²⁾ Per un riepilogo, sia consentito ancora il rinvio al mio *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, cit., cap. III, *passim*.

⁽²³⁾ Un caso a parte è costituito dalla disciplina dello straordinario, di cui all'art. 5 bis, r.d.l. n. 692/23, introdotto tuttavia dalla legge 1079 del 1955, dal sapore fortemente dirigista, in quanto rivolta ad una redistribuzione dell'orario di lavoro, che viene per questo a discostarsi dalle più misurate previsioni di cui agli artt. 2107 e 2108 c.c., che presupponevano un sistema di contrattazione collettiva dotato di efficacia generale.

⁽²⁴⁾ Come è noto, la direttiva fu emanata, con voto a maggioranza del Consiglio, grazie alle competenze in tema di disciplina della salute e sicurezza: a riguardo v. C. giust. 12 nov. 1996, *RU c. Consiglio*, C-84/94 e, sulla vicenda, più diffusamente il mio *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, cit., 82 ss.

⁽²⁵⁾ Il punto è ripreso e confermato da ultimo nella causa C-344/19, *D.J. c/ Radiotelevizija Slovenija*.

eventualmente intervenire prontamente) una retribuzione differente ed inferiore rispetto a quella dovuta al tempo che vede una prestazione “effettiva”⁽²⁶⁾.

Quest'ultimo termine, che è assente nella direttiva e la cui sopravvivenza era stata messa in dubbio dalla dottrina⁽²⁷⁾, sembrerebbe financo entrato a far parte del lessico del legislatore europeo, se è vero che la direttiva 1152 del 2019 ad esso sembra riferirsi (v. art. 1, comma 3 nonché l'undicesimo considerando⁽²⁸⁾) nella prospettiva di dettare, agli artt. 2, 4, lett. m) e 10, una disciplina che garantisca una minima prevedibilità del calendario orario della prestazione lavorativa (v. *infra* nel testo, par. 5 ss.).

In ogni caso, l'assenza di una espressa definizione europea in ordine al tempo effettivo (mantenuta invece in altri ordinamenti, come quello francese⁽²⁹⁾), a fronte di una direttiva che sin dal suo titolo ammette la parzialità della disciplina da essa dettata, non può far venir meno il fatto che è solo il lavoro utile al datore (o *proficuo*) che rileva ai fini della maturazione del diritto alla retribuzione⁽³⁰⁾, quale prestazione che muove il creditore allo scambio economico, di modo che non può ritenersi acquisita in nessun modo, a partire dalla direttiva, una qualche equazione che dovesse correlare il diritto alla retribuzione e al semplice impegno temporale individuale⁽³¹⁾.

Tuttavia, per quanto ovvia a mente della natura contrattuale del rapporto (e v. in tal senso anche l'art. 2126, co. I c.c.), l'affermazione della correlazione fra lavoro proficuo e retribuzione non appare risolutiva, ove si tenga conto che nella contrattazione collettiva può trovare spazio ai fini salariali non solo quanto costituisce tempo di lavoro in senso proprio, ma anche ogni altro profilo che viene a connotare la prestazione resa, come nel caso delle maggiorazioni previste per

⁽²⁶⁾ C. giust. ord. 11 gennaio 2007, C-437/05, *Vorek*, si trattava di un medico che, invocando la sent. *Jaeger* del 9 sett. 2003 C-151/02, richiedeva di vedersi pagato il tempo di attesa passato in pronta reperibilità «come se avesse effettuato una prestazione di lavoro» (par. 18). La corte respinge la richiesta, affermando (par. 35) che: «Le direttive 93/104 e 2003/88 non ostano pertanto all'applicazione da parte di uno Stato membro di una normativa che, ai fini del compenso per il lavoratore e con riguardo ad un servizio di guardia effettuato da quest'ultimo nel luogo di lavoro, prende in considerazione in modo diverso i periodi nel corso dei quali sono concretamente effettuate prestazioni di lavoro e quelli durante i quali non è svolta alcuna attività lavorativa *effettiva* (corsivo mio), purché siffatto regime garantisca integralmente l'effetto utile dei diritti conferiti ai lavoratori dalle direttive menzionate per la protezione effettiva della salute e della sicurezza di questi ultimi». Il passo è sempre richiamato nella giurisprudenza successiva ed ancora dalla cit. C. giust. 9 marzo 2021, n. C-344/19, parr. 31 e 58.

⁽²⁷⁾ A riguardo v. M. Martone, *Sulla nozione di «lavoro effettivo»*, *ADL*, 1998, 463 ss.; D. Simonato, *Finalità e definizioni*, in *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, cit., 42 ss.; G. Bolego, *Il lavoro straordinario*, cit., 21 ss.; G. Ricci, *Tempi di vita e di lavoro*, cit., 279 ss.; V. Leccese, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d. lgs. n. 66/2003*, *WP CSDL*, It. n. 83/2006. In ordine alla duplicità di significati del termine, rinvio al mio *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, cit., 277 ss.

⁽²⁸⁾ Il termine viene anche in questo caso a designare la prestazione concretamente resa, per distinguerla dall'attesa: la premessa, infatti, anticipa la disposizione di cui all'art. 1, comma 3, che esclude l'applicazione della direttiva per rapporti di durata estremamente breve, quando in altri termini, si sia dinnanzi a «un rapporto di lavoro caratterizzato da un tempo di lavoro predeterminato ed effettivo di durata pari o inferiore a una media di tre ore a settimana in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive».

⁽²⁹⁾ V. cod. trav. L.-3121-1 ss.

⁽³⁰⁾ V. ad es. Cass. 14 dicembre 1983, n. 7381; Cass. 31 maggio 2010, n. 13285; Cass. 26 settembre 2013, n. 22076.

⁽³¹⁾ Il punto, a ben vedere, è implicitamente ammesso anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, là dove si qualifica la pronta reperibilità come tempo di lavoro, rilevando come il rimanere a disposizione costituisca oggetto della prestazione dedotta in contratto (punto n. 48, *SIMAP* e 49, *Jaeger*).

il lavoro notturno, festivo o straordinario o delle indennità corrisposte a ragione delle particolarità della prestazione resa (per es. la diaria per la trasferta o il trattamento dei “trasfertisti”).

In altri termini, per ragionare sul tema della nozione di orario di lavoro, si deve tenere sempre a mente che la qualificazione delle attività, diverse dalla prestazione in senso stretto, in termini di tempo di lavoro è, a ben vedere, in certo modo irrilevante, ove il singolo non si collochi immediatamente al di sotto dei limiti massimi assoluti previsti dalla direttiva⁽³²⁾. Ed infatti, la logica binaria della definizione europea⁽³³⁾ viene meno ove solo si allarghi lo sguardo alla contrattazione collettiva che, come si è anticipato, in molti casi riconosce un compenso (in forma indennitaria, e con parametrizzazione talora forfettaria e talora a tempo) in ragione delle caratteristiche specifiche della prestazione. Così, quando la giurisprudenza italiana ha dovuto fronteggiare la questione dei tempi propedeutici alla prestazione, la questione è stata risolta non già sulla base delle norme europee, ma sulla scorta dell'interpretazione della volontà collettiva delle parti, essendo preliminare ad ogni altra questione l'accertamento circa il riconoscimento implicito di un corrispettivo.

In questo senso, come già si è detto in esordio, seppure il legislatore della prima industrializzazione italiana sembra mostrare sensibilità maggiore dell'attuale, ammettendo, attraverso una affinata tecnica definitoria, che sussista un “lavoro” non limitato dalle disposizioni di legge (perché non “effettivo” nella terminologia del tempo), ma inequivoco nella sua natura di tempo sottratto alla disponibilità dell'individuo.

In altri termini, e in conclusione: non si deve ritenere che l'impegno temporale extra-lavorativo del prestatore trovi tutela solo dilatando la nozione di tempo di lavoro, giacché, come subito meglio si dirà, un generale principio di patrimonialità del tempo⁽³⁴⁾ consente di riconoscere un compenso al prestatore anche per i tempi che, pur non rappresentando una prestazione in senso stretto, per le loro peculiarità, richiedano uno sforzo aggiuntivo, rispetto a quello ordinariamente necessario (e ordinariamente previsto dalle parti) per l'esecuzione della prestazione promessa. Il caso più evidente dell'applicazione di siffatta conclusione si rinviene nella già richiamata disciplina del lavoro notturno, festivo o dello straordinario, posto che in tutti questi casi è solo il significato sociale del tempo che vale ad incrementare nelle previsioni

(32) E basti a riguardo rilevare che per i medici in pronta disponibilità questi limiti venivano invece abbondantemente superati, così come per gli altri casi che hanno costituito oggetto di sentenze della corte, come per i vigili del fuoco o i soggetti chiamati a compiti di cura verso giovani non autosufficienti

(33) Secondo la C. giust., la dir. 2003/88 non osta «al versamento di un importo volto a compensare gli inconvenienti al medesimo causato da tali periodi di guardia nella gestione del suo tempo e dei suoi interessi privati», così, C-344/19, *Radiotelevisione slovena*, punto n. 59 e C-580/19, *Città di Offenbach am Main*, punto 58. In questa seconda causa, pubblicata lo stesso giorno della prima, un pompiere era tenuto, oltre al suo periodo di servizio ordinario, a svolgere periodi di reperibilità presso il proprio domicilio, ma doveva essere raggiungibile ed essere in grado di raggiungere, in caso di allarme, i confini della città entro un termine di 20 minuti, con la sua tenuta di servizio e con il veicolo di servizio messo a sua disposizione (n. 12). Lamentando una compromissione della sua vita privata (punto n. 47) chiedeva di vedersi riconosciuti i periodi di “prontezza” come tempo di lavoro; a differenza che in *Matzak*, dove però il periodo richiesto per il pronto intervento era assai più breve, qui la Corte nega l'assimilazione: per una analisi del caso *Matzak* (21 febbraio 2018, C-518/15), rinvio al mio *Between health and salary: The incomplete regulation of working time in European law*, *ELLJ*, 2019, 10, 4, 370-385.

(34) A riguardo, rinvio ancora al cit. mio *Il tempo di lavoro fra persona e produttività* con riferimento alle implicazioni della nota sent. C. cost. n. 210/1992.

collettive il valore economico della prestazione, la quale, ove dovesse essere misurata sul metro della sua semplice durata, sarebbe del tutto identica a quella di ogni altra ora lavorata.

Così esaurite le premesse, prima di passare ad analizzare più in dettaglio alcuni dei profili sino a qui richiamati, si dovrà riferire degli esiti più recenti cui è giunta la giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di pronta reperibilità, al fine di completare in questo modo il quadro del diritto positivo italiano.

4. Le ultime pronunzie della Corte di Giustizia in tema di reperibilità

La Corte di Giustizia negli ultimi anni è ritornata ancora con tre pronunzie sulla giurisprudenza formatasi a seguito del caso SIMAP, ampliando l'ambito spaziale di operatività della parificazione in quella sentenza enunziato, poiché si è riconosciuto come tempo di lavoro anche quello che un vigile del fuoco volontario spendeva a casa propria in pronta reperibilità, ma con il vincolo di farsi trovare in caserma pronto all'intervento entro un tempo massimo di otto minuti dalla chiamata⁽³⁵⁾. Qui l'equiparazione fra lavoro e pronta disponibilità si basava sui tempi di reazione, quanto mai ridotti, tanto che si potrebbe dire che l'orario di lavoro richiede che il lavoratore sia pronto per un compito non prevedibile e non ritardabile: come una sentinella, pur rimanendo a casa, deve essere sempre vigile, anche quando sta dormendo⁽³⁶⁾.

Chiamata ad un ulteriore sviluppo della sua giurisprudenza, la Corte nel caso della televisione slovena ha però ritenuto che né tempi di reazione più dilatati, né l'assenza di concrete possibilità di svago, giustificassero di espandere ulteriormente questa equivalenza affermando (n. 50) che non può aversi orario di lavoro, quando il lavoratore non sia soggetto, durante i periodi di guardia (che la sentenza chiama "prontezza") «a vincoli tali che la sua facoltà di dedicarsi ai propri interessi privati ne risulti oggettivamente e assai significativamente pregiudicata».

Dunque, la conclusione è che i periodi di reperibilità sono periodi di riposo, poiché «non risulta dalla decisione di rinvio che altri vincoli siano stati imposti a tale lavoratore, né che, nel corso di tali periodi, la frequenza media degli interventi che imponevano che egli raggiungesse il proprio luogo di lavoro entro il termine suddetto sia stata elevata. Inoltre, il suddetto lavoratore disponeva di un alloggio di servizio sul suo luogo di lavoro, nel quale però non era tenuto a restare in permanenza durante i periodi in questione» (n. 55).

Pur non distaccandosi dai precedenti, la sentenza *Radiotelevizija Slovenija* fornisce però un elemento nuovo. Da quando la sentenza nel caso *Commissione c/ RU* ha individuato le finalità della direttiva nella tutela delle condizioni di salute e sicurezza, infatti, le istituzioni europee hanno accettato l'idea che la direttiva sull'orario fosse solo una parte del più ampio *corpus* legislativo in materia di salute e sicurezza; si è aperta così la strada alla conclusione che, per quanto riguarda il calcolo della retribuzione, gli Stati membri sono liberi di adottare una definizione di orario di lavoro diversa rispetto a quello previsto dalla direttiva sull'orario di lavoro.

L'argomento in parola è stato preso in considerazione ancora di recente nel caso *Matzak*: ad avviso dell'avvocato generale Sharpston, in forza di quanto già statuito dalla Corte in *Vorel*⁽³⁷⁾,

⁽³⁵⁾ C. giust. 21 febbraio 2018, C-518/15, *R. Matzak c. Ville de Nivelles*.

⁽³⁶⁾ Il modello da me proposto sembra ora accolto e condiviso da G. Calvellini, *La funzione del part-time* cit., 95.

⁽³⁷⁾ C. giust. ord. 11 gennaio 2007, C-437/05, *J. Vorel c. Nemocnice Českò Krumlov*.

le norme sull'orario di lavoro sono rilevanti nella giurisdizione nazionale principalmente per determinare lo stipendio (paragrafi 41-44); anche in questo recente caso però la Corte, seguendo fedelmente l'impostazione data nella causa C-84/94 promossa dal Regno Unito e di cui sopra si è detto, ha rifiutato di aprire il suo ragionamento ad altre preoccupazioni, che non fossero quelle connesse alla disciplina della salute e sicurezza dei lavoratori⁽³⁸⁾.

Il punto è tutt'altro che secondario, perché laddove un lavoratore fosse sempre impiegato in via di disponibilità, la sua retribuzione sarebbe molto bassa, con un evidente tradimento della logica che sostiene la previsione legale di limiti massimi dell'orario di lavoro. Non è un caso che in alcuni sistemi nazionali, come in Finlandia⁽³⁹⁾, sia previsto un rapporto massimo tra il tempo trascorso in servizio di guardia e i periodi di riposo.

In una direzione più ampia, anzi, va pure sottolineato che, sino alla recente pronuncia del 2021 sopra richiamata, nessun giudizio aveva trattato, fino ad ora, le problematiche dei rischi per la salute e la sicurezza derivanti dal ripetersi dei turni di guardia o di reperibilità o comunque agli aspetti derivanti dalla necessità di un equilibrio fra tempi "di vita" o di lavoro.

Invece, la sentenza ora in esame⁽⁴⁰⁾ a riguardo ora afferma che: «tenuto conto del loro obbligo di proteggere i lavoratori contro i rischi psicosociali che possono presentarsi nell'ambiente di lavoro di questi ultimi, i datori di lavoro non possono istituire periodi di guardia o prontezza lunghi o frequenti a tal punto da costituire un rischio per la sicurezza o la salute dei lavoratori stessi, indipendentemente dal fatto che tali periodi siano qualificati come «periodi di riposo», ai sensi dell'art. 2(2), della dir. 2003/88. Spetta agli Stati membri definire, nel loro diritto nazionale, le modalità di applicazione di tale obbligo».

Questo significa che si dovrà integrare la valutazione dei rischi di cui al d. lgs. n. 81/2008 attraverso la specifica previsione di misure atte a contrastare la frequenza dei turni di reperibilità (da qualificarsi senz'altro come periodi di riposo), anche quando «siffatti servizi di guardia o prontezza si estendano, senza soluzione di continuità, su lunghi periodi o abbiano luogo a intervalli molto ravvicinati, di modo che essi facciano pesare, in maniera ricorrente, un carico psicologico, anche di debole intensità».

La conclusione vale – come è ovvio – anche se il tempo di attesa non è da considerarsi come tempo di lavoro, come chiaramente si evince dal par. 63, secondo cui: «anche qualora non costituiscano «orario di lavoro», ai sensi dell'art. 2, punto 1, dir. 2003/88, i servizi di guardia o prontezza presuppongono necessariamente che degli obblighi professionali vengano imposti al lavoratore e rientrano di conseguenza, entro questi stretti limiti, nel loro ambiente di lavoro, in senso ampio.

Per la pronta reperibilità, dunque, si applicano i limiti massimi della direttiva in tema di orario di lavoro, mentre per la reperibilità semplice (in carenza di un vincolo quanto ai tempi dell'intervento richiesto, che non deve essere "pronto") varrà la valutazione dei rischi. Soluzione del tutto logica ed accettabile che non modifica affatto la bipartizione della direttiva, ma che segnala finalmente un necessario ampliamento degli orizzonti che la direttiva imponeva ai suoi interpreti a ragione del fondamento normativo su cui essa si fonda.

⁽³⁸⁾ Rinvio sul punto al mio *Between health and salary: The incomplete regulation of working time in European law*, *ELLJ*, 2019, 10, 4, 370-385; nella dottrina italiana, oltre alla mia monografia cit. *supra* alla nt. 5, rinvio senz'altro a V. Leccese, *L'orario di lavoro*, cit., cap. I.

⁽³⁹⁾ Cfr. *Flash Reports on Labour Law*, may 2018, National report; il rapporto è pari a 2:5.

⁽⁴⁰⁾ Caso *Radiotelevizija Slovenija*, par. n. 65.

Nel giungere a questa soluzione, i giudici di Lussemburgo sembrano essersi coerentemente mantenuti nell'ambito delle competenze poste a fondamento della direttiva, rispettando la premessa, sempre ripetuta in tutte le più importanti sentenze sull'argomento, diretta a rifiutare di prendere in considerazione aspetti diversi da quelli posti a fondamento dell'intervento normativo della Commissione, di modo che quest'ultima giurisprudenza non sembrerebbe anticipare sviluppi ulteriori, portando semmai a compimento le premesse della stessa direttiva (n. 7 ss.), che mettono in guardia dai rischi per la salute derivanti «da forme di organizzazione del lavoro particolarmente gravose» e da prolungati orari notturni.

Tuttavia, come subito si dirà, una più recente direttiva, fondata su competenze diverse, potrebbe condurre a risultati più importanti sul piano della disciplina dell'orario, in tutti quei casi nei quali il lavoro viene prestato con un orario ridotto o non predeterminato *ex ante* (come tipicamente nelle tante forme di lavoro “a chiamata”, che rientrano peraltro nella più ampia ipotesi del lavoro a tempo parziale).

5. Organizzazione del lavoro e ipotesi non regolate per legge

Sino a qui si è detto che le norme di legge (nazionale o europea) dimostrano di avere un carattere troppo generale (o comunque parziale) per poter essere in grado di disciplinare tutte le ipotesi che vengono portate all'attenzione del giurista, all'esito del variare dell'organizzazione produttiva ed in ragione dell'evoluzione tecnologica. L'esperienza comparata, del resto, mostra che, anche quando il legislatore nazionale si dimostra capace di un'azione di completamento normativo dei precetti europei (e non si limita alla loro mera riproduzione), non è sempre facile individuare regole valide per tutti i settori, atteso che le forme di organizzazione del lavoro variano profondamente in relazione all'attività che viene in concreto svolta.

Qui la varietà si rispecchia nelle normative di settore (talora richiamate nella stessa direttiva – come nel caso della gente di mare, dei trasporti o del lavoro *offshore* – o in quella interna, come per i servizi pubblici o i lavori agricoli), mentre al contrario l'applicazione di regole di ordine generale, come *in primis* quella della limitazione della giornata di lavoro, è frutto dell'affermarsi della fabbrica di tipo taylorista, che fa del tempo un elemento, che al pari degli altri, concorre a determinare il risultato utile dell'organizzazione produttiva (tanto che la direttiva stessa è costretta poi ad ammettere la possibilità di limitarsi alla sola individuazione di valori medi su base tendenzialmente annua, al pari di quanto già prevedeva l'ordinamento interno, tipicamente nel settore agricolo). Nello stesso senso si deve rilevare come anche il tentativo di determinare un tasso di equivalenza fra il tempo di semplice attesa e quello di lavoro effettivo è apparso poco praticabile, probabilmente a ragione delle incertezze in ordine alla frequenza dell'intervento a richiesta e alla concreta incidenza di questo sul diritto al riposo⁽⁴¹⁾.

In un panorama siffatto, a fronte di una generale contrazione delle ore complessivamente lavorate dalla popolazione nel suo complesso (anche a ragione della perdurante elevata disoccupazione)⁽⁴²⁾, le esigenze di tutela vengono a frammentarsi secondo i settori di attività, le

⁽⁴¹⁾ In relaz. all'art. L.212-4 del francese *code du trav.* (nella formulazione del tempo), v. C. giust., 1° dicembre 2005, C-14/04, *Dellas, FI*, 2006, IV, 215 ss. con nota di Cosio.

⁽⁴²⁾ I dati sono complessivamente abbastanza divaricati, in relazione sia ai cinque continenti, sia ai dati dei diversi paesi europei (come dimostra, a tacer d'altro, il diffondersi di adesioni recenti alla clausola di

mansioni in concreto esplicate, le preferenze individuali (peraltro variabili nel corso dell'esistenza, anche in relazione agli impegni familiari), mentre il processo di terziarizzazione finisce per concentrare una parte dell'economia nel settore dei servizi alla persona, nei quali, come da tempo si è messo in evidenza⁽⁴³⁾, le innovazioni tecnologiche non sono in grado (se non a scapito della qualità del servizio⁽⁴⁴⁾) di arrecare un apporto in termini di crescita della produttività individuale, eguale a quello sperimentato negli ultimi decenni nel settore manifatturiero.

In questo senso, il tendenziale spostamento del ciclo economico verso servizi "a richiesta" non solo tenda a dilatare la durata della giornata individuale di lavoro, ma rende sempre più difficile stabilire un'equazione, specie in termini retributivi, fra tempo di lavoro e apporto produttivo, perché una parte della prestazione viene ad essere sostituita dal tempo di attesa o di disponibilità, di modo che (secondo il modello richiamato nel caso del tecnico della televisione slovena sopra cit.) si moltiplicano le ipotesi nelle quali il lavoratore non è libero di attendere ad occupazioni di propria scelta, ma, in misura variabile, deve mantenersi pronto all'intervento.

Questo scivolamento sembra presentarsi come un carattere comune a molte economie e come un elemento di sicura novità, poiché mirato a soddisfare bisogni un tempo riservati solo ai gruppi più agiati ed ora invece diffusi fra una larga parte della popolazione, secondo tuttavia flussi non sempre suscettibili di essere predeterminati in anticipo. E da qui, la pretesa delle imprese ad abbandonare il sistema più antico, che commisurava il compenso al tempo complessivamente passato sul luogo di lavoro, anche nei settori dove l'attività lavorativa era spesso intermittente, e la ricerca di modalità nuove, in ordine alla determinazione del tempo di lavoro e del salario.

A riguardo può dirsi che il modello da prendere a riferimento, ai fini della quantificazione in termini di compenso della prestazione lavorativa, sembra essere quello del costo di una corsa di taxi, dove il corrispettivo rimane determinato a minuti, ma viene ad incorporare, in conformità a tariffe disciplinate da fonti regolatorie di diritto pubblico, una remunerazione per il tempo di attesa. Non è facile, tuttavia, trovare le forme più idonee per trasporre questo sistema nel settore del lavoro organizzato. Ed invero, delle due l'una: o il sistema considera come parti del contratto di servizio i clienti e i singoli prestatori (ed è il modello praticato dalle piattaforme di consegna di cibo o di servizi di trasporto, nel quale i singoli restano lavoratori autonomi, cosicché all'organizzazione si deve solo la migliore allocazione delle occasioni di lavoro e la tariffazione oraria dovrebbe collocarsi tendenzialmente ad un livello superiore al compenso orario del corrispondente CCNL), oppure è la rete (che offre il servizio) che assume il ruolo di effettivo datore di lavoro, chiamato quindi a farsi carico dei periodi di attesa, remunerandoli secondo una tariffa, anche inferiore rispetto al tempo lavorato, ma certo non simbolica, a mente dell'insegnamento della Corte costituzionale, più sopra richiamato, sul diritto all'equa retribuzione in caso di lavori ad orario ridotto.

In entrambi i casi, però, resta difficile individuare la regola da applicare sia che si voglia operare attraverso una previsione generale di legge, sia che si rinvii alle pattuizioni della contrattazione collettiva. In entrambi i casi, infatti, si dovrà guardare alle caratteristiche di

opt-out): per una valutazione statistica, rinvio alla *General Survey OIL* del febbraio 2018, *Ensuring decent working time for the future*, 10 ss.

⁽⁴³⁾ G. Esping Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, 1990.

⁽⁴⁴⁾ L'esempio è quello della cura dei neonati (o delle persone non autosufficienti) che, anche ove impieghi un sistema di controllo (o di chiamata) "da remoto" per individuare i casi che richiedono l'attendersi degli addetti, richiede poi comunque un intervento individuale e differenziato, in relazione al quale la tecnologia appare incapace di ridurre i tempi di lavoro complessivi.

organizzazione dei servizi e alla frequenza delle chiamate e quindi a elementi che appaiono differenti, anche all'interno di ambiti omogenei, cosicché sembra difficile ipotizzare che il legislatore, anche volendo far ricorso a fonti regolamentari (secondo l'esempio del secolo scorso), finisca per poter individuare una disciplina omogenea, valida per tutti i rapporti di lavoro e soddisfacente per tutti⁽⁴⁵⁾.

Come dimostra la recente vicenda del capo V *bis* del d. lgs. 81/2015, può apparire poco utile anche il rinvio alla contrattazione collettiva, poiché questa, che pure potrebbe secondo la propria vocazione fornire soluzioni più mirate sui contesti produttivi e sui diversi settori di attività, fa fatica ad affermarsi nel settore del lavoro a tempo ridotto o variabile, sia per la difficoltà ad aggregare lavoratori che spesso percepiscono il proprio, come un impegno solo temporaneo⁽⁴⁶⁾, sia comunque per la marginalità della rappresentanza di questi lavoratori all'interno delle gerarchie sindacali⁽⁴⁷⁾.

Il vero è che, la disciplina di legge appare come la fonte meno attrezzata al fine di risolvere questioni che attengono al compenso, sia che si tratti di lavoro subordinato, sia che si debba prendere posizione in relazione a contratti che offrono servizi alla clientela, stante in quest'ultimo caso anche il perdurante prevalere dell'approccio che assimila i lavoratori autonomi alle imprese, negando la possibilità di un intervento eteronomo a tutela del lavoro individuale⁽⁴⁸⁾. La circostanza che in queste ultime ipotesi la legge si limiti a dettare norme in materia di trasparenza⁽⁴⁹⁾, segnala l'esigenza di differenziare correttamente il lavoro autonomo da quello subordinato, secondo però una tendenza che sembra contraddire l'evoluzione degli ultimi trent'anni dell'ordinamento italiano,

⁽⁴⁵⁾ Ovviamente quando i lavoratori a chiamata vengono ad essere qualificati come subordinati, si può ipotizzare un costo per la disponibilità, ma si dovrà tener conto che si rientra comunque nell'ipotesi di lavoro a *part time*, di modo che il *mix* fra attesa e lavoro effettivo dovrà rispettare il principio di individuazione *ex ante* del calendario della prestazione di cui si è detto nel testo (salvi solo i casi di turnazione). A riguardo si può notare che la giurisprudenza ha omesso di confrontarsi con la questione, poiché si è trovata solo a determinare *ex post* la retribuzione e non già a validare un modello organizzativo. Se poi si ipotizzi che sia accettabile, per le concrete modalità di prestazione del servizio, la configurazione in termini di lavoro autonomo, si dovrà tenere presente che una tale soluzione appare particolarmente conveniente per chi operi per più piattaforme; anche se pure si deve rilevare come, del tutto incongruamente, il d.d.l. legge attualmente in discussione al Senato (v. *infra*, testo e note), però, sembra ora voler introdurre una clausola di esclusiva, modellata sull'art. 2105 c.c., anche per i parasubordinati, con effetti già sperimentati (e stigmatizzati) in altri ordinamenti.

⁽⁴⁶⁾ È significativo che secondo una tesi (formulata negli anni '60 e rimasta del tutto isolata), ai *part timers* non si sarebbe dovuto applicare lo statuto protettivo del lavoratore subordinato proprio per la natura in certo modo secondaria dell'attività lavorativa, rispetto ad un reddito principale guadagnato dal capofamiglia (e solo si aggiunge che lo sforzo della CEE, a ben vedere, andò per anni proprio nella direzione inversa, con l'affermarsi di un principio di parità di trattamento fra lavoratori ad orario pieno e ridotto).

⁽⁴⁷⁾ Si pensi a riguardo alle difficoltà conseguenti al rinvio al contratto collettivo dei *riders* di cui all'art. 47 *quater* (introdotta dal d.l. n. 101/2019), e all'intervento ministeriale che ne è derivato (v. circ. INL n. 7 del 30 ottobre 2020).

⁽⁴⁸⁾ Sulle possibili ragioni che potrebbero indurre le istituzioni europee ad un ripensamento di quell'approccio v. S. Bologna, *The rise of the european self-employed workforce*, Mimesis, 2018.

⁽⁴⁹⁾ Mi pare che, a conferma della genuina natura di contratto "di servizio" (o d'opera o di trasporto), la piattaforma dovrebbe segnalare al cliente il costo del singolo intervento, in relazione ai tempi di attesa o al numero di richieste pervenute, secondo un sistema a tariffazione variabile adottato nel settore dei trasporti (e qui la rappresentanza collettiva può trovare il proprio spazio di elezione, tanto più ove la materia sia regolata su base cittadina, attraverso tariffe pubbliche, o per mezzo di un intervento eteronomo).

indirizzatosi, dal “Libro Bianco” in avanti, verso l’idea di una tendenziale assimilazione delle collaborazioni di cui all’art. 409 c.p.c. al lavoro subordinato⁽⁵⁰⁾.

A fronte delle considerazioni che precedono, quindi, si tratterà ora di affrontare i problemi che attengono alla connessione fra la retribuzione e le varie forme di organizzazione *extra-standard* (in *primis* il *part-time*, anche nelle forme “a zero-ore” o “a chiamata”), al fine di valutare i vincoli che si producono nell’area dell’esistenza privata individuale e di regolare i possibili limiti alla imprevedibilità della collocazione della prestazione lavorativa⁽⁵¹⁾. A riguardo, la prossima trasposizione della direttiva n. 1152 del 2019 dovrà misurarsi con l’esigenza di fare i conti con la disciplina interna e con le tante modifiche che le forme di orario *non-standard* hanno ricevuto nell’ordinamento interno, dal 2003 in avanti, come subito si vedrà nel paragrafo che segue⁽⁵²⁾.

6. La prevedibilità dell’impegno lavorativo nella direttiva 1152 del 2019 e nei progetti di trasposizione al momento in discussione

Dopo una lunghissima inattività normativa, raggiunto l’obiettivo del definitivo abbandono del Regno Unito dall’Unione europea, richiamandosi ai principi n. 5 e n. 7 del Pilastro Sociale, nonché l’art. 31 CDFUE in tema di condizioni di lavoro giuste ed eque, il 20 giugno 2019 è stata adottata la direttiva n. 1152 “relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili”, ampliando enormemente la portata della precedente direttiva n. 533 del 14 ottobre 1991, “relativa all’obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore sulle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro”, la quale aveva trovato base normativa nella procedura di deliberazione all’unanimità di cui all’art. 100 del Trattato di Roma (nel testo allora in vigore) e nelle competenze di cui all’art. 117 dello stesso, intese al «miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro» al fine della loro «parificazione nel progresso»⁽⁵³⁾.

La novità del tema e la circostanza che il termine per la trasposizione della direttiva non sia ancora scaduto inducono a soffermarsi sul contenuto della direttiva stessa e, di poi, sui possibili profili di contrasto che sembrano derivare dal confronto con l’ordinamento italiano⁽⁵⁴⁾.

La direttiva del 2019, che abrogherà la precedente 91/533/CEE a decorrere dal 1° agosto 2022, sviluppa notevolmente la portata normativa del testo più antico contenendo precetti che,

⁽⁵⁰⁾ A riguardo, anche con riguardo alle scelte di cui alla direttiva n. 1152 (su cui v. *infra* nel testo), rinvio al mio *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori “delle piattaforme”*, WP CSDLE It. n. 158/2022.

⁽⁵¹⁾ Mi sono occupato del tema in *Il cumulo dei “lavoretti”: quale tutela per le attività discontinue o saltuarie?*, LD, 2018, 613-631.

⁽⁵²⁾ Si omette qui di esaminare la direttiva relativa ai lavoratori delle piattaforme perché ancora non approvata e perché finalizzata ai soli aspetti qualificatori della prestazione, senza che davvero ci si soffermi sulla regolamentazione dell’orario di lavoro.

⁽⁵³⁾ A riguardo, v. S. Borelli - G. Orlandini, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, *Quest. Giust.*, n. 4/2019, 61 ss.; A. Ingraio, *Il mercato delle ore di lavoro. Interposizione nei rapporti di lavoro autonomo*, Giuffrè, 2020.

⁽⁵⁴⁾ Si terrà conto altresì del d.d.l., al momento all’esame del Senato, e diretto a trasporre la direttiva in Italia: v. Atto del Governo (AG) n. 377, trasmesso alla Presidenza del Senato il 1° aprile 2022, intitolato “Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’Unione europea” (al sito: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1344952.pdf>).

superando i meri obblighi di informazione (che pure avevano conosciuto un certo sviluppo giurisprudenziale), vengono direttamente ad influire sul contenuto del contratto di lavoro.

Numerose sono le disposizioni che interessano non solo le forme tradizionali di lavoro "atipico", come il *part time* o il contratto a termine, ma quelle particolari modalità di lavoro, che possono comportare orari molto brevi⁽⁵⁵⁾ o nessun orario fisso prevedibile, quando il datore di lavoro non assume l'obbligo di assicurare un determinato numero di ore di lavoro. Questi accordi, noti come "lavoro a chiamata", hanno forme contrattuali diverse a seconda del paese e includono i cosiddetti "contratti a zero ore", nei quali manca addirittura la garanzia che il rapporto trovi esecuzione.

Nell'ambito di queste forme estremamente atipiche si collocano i casi, ampiamente diffusi nel mercato del lavoro di molti paesi (inclusa l'Italia), che possono essere etichettati come lavoro basato su *voucher* o "buoni", quando il datore di lavoro acquisisce un titolo da una terza parte da utilizzare come pagamento, in luogo dei contanti o di un accredito bancario. In questo senso, particolare attenzione è stata riservata in sede comparata non solo ai mini-lavori tedeschi, ma anche ad altre esperienze diffuse in molti paesi europei⁽⁵⁶⁾. Solo in alcuni casi la scelta per una forma contrattuale ad orario estremamente ridotto si giustifica per una oggettiva imprevedibilità dell'impegno individuale, in relazione ad attività imprenditoriali effettivamente organizzate "a richiesta", poiché non di rado accade che le ore lavorate in concreto possano alla fine risultare uguali a quelle dei lavoratori a tempo pieno, o addirittura essere superiori. In questi casi, la precarietà si manifesta spesso come un rifiuto ad assumere vincoli permanenti, secondo una diffusa inclinazione che caratterizza in generale i tempi moderni. Ne è da escludere in certi casi un intento palesemente elusivo, quando il datore sceglie la formula ad orario ridotto nella prospettiva di ridurre indebitamente gli oneri fiscali e contributivi, ben sapendo sin dall'inizio che prolungherà in via di mero fatto la prestazione.

Prima di dedicarsi all'analisi delle previsioni della direttiva a riguardo (contenute nell'art. 10) ci si deve soffermare su una norma che viene ad interessare, in questo contesto, la disciplina del lavoro a tempo parziale, nella particolare forma di un duplice contestuale rapporto, stipulato con datori diversi, che l'art. 9 della direttiva chiama «impiego in parallelo» (*parallel employment*).

Sebbene, al di là di un accenno nella premessa n. 19, manchi nella direttiva un richiamo alla dir. 2003/88/CE, viene ad essere qui affrontata una questione che, in passato, era stata fatta oggetto di contrastanti valutazioni in ordine alla possibilità che i limiti previsti dalla direttiva 88 del 2003 (e prima ancora dalla direttiva 93/104/CEE) potessero riferirsi alla persona del lavoratore in quanto singolo, conducendo quindi a calcolare cumulativamente la durata delle prestazioni rese in un medesimo turno di tempo nei confronti di datori diversi⁽⁵⁷⁾. Invero un ampliamento siffatto non

⁽⁵⁵⁾ Si tratta del *part time* c.d. "occasionale", secondo le previsioni della clausola 2(2) della 97/81 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale. Sul punto rinvio al mio *Il cumulo dei lavoretti; quale tutela per le attività discontinue o saltuarie?*, LD, 2018, 4, 613-631.

⁽⁵⁶⁾ Emerge in particolare il CESU francese (*cheque employ service universel*), un sistema di *voucher* che sembra aver centrato il risultato di assicurare un'importante transizione dall'area dell'economia "informale" al lavoro legale.

⁽⁵⁷⁾ Il punto è richiamato nella *Comunicazione interpretativa sulla direttiva 2003/88/EC*, (2017/C 165/01) in *GUCE*, 24.5.2017, par. III.A.2; la Commissione a riguardo è incline a dare una risposta positiva, sebbene riconosca che manchi a riguardo un'esplicita previsione nella direttiva stessa.

semberebbe autorizzato né dalla lettera delle disposizioni della direttiva n. 88, né tanto meno da quella funzione di assicurare un salario equo e dignitoso, sopra richiamata.

La norma si esprime per la piena libertà individuale di cumulare più rapporti di lavoro, stabilendo che «Gli Stati membri provvedono affinché il datore di lavoro non vieti a un lavoratore di accettare impieghi presso altri datori di lavoro al di fuori della programmazione del lavoro stabilita con il primo né gli riservi un trattamento sfavorevole sulla base di tale motivo».

Il secondo alinea, tuttavia, si fa carico più in dettaglio delle preoccupazioni che avevano potuto condurre a prospettare la soluzione di un vincolo individuale, prevedendo che «Gli Stati membri possono stabilire condizioni per il ricorso a restrizioni di incompatibilità da parte dei datori di lavoro sulla base di motivi oggettivi quali la salute e la sicurezza, la protezione della riservatezza degli affari, l'integrità del servizio pubblico e la prevenzione dei conflitti di interessi».

Le quattro ipotesi richiamate quali concretizzazioni sintomatiche di un “motivo oggettivo” configurano ipotesi già in certo modo regolate, di modo che le ragioni di salute e la sicurezza si accomunano senz'altro alle limitazioni previste ad es. sulla circolazione degli autoveicoli (intese a tutt'evidenza anche a garanzia della sicurezza del traffico stradale⁽⁵⁸⁾), mentre l'integrità del servizio pubblico, sulla base dell'esigenza di evitare conflitti di interesse, richiama senz'altro le ipotesi di incompatibilità previste nell'ordinamento italiano dall'art. 53 d. lgs. 165/2001 (e dalle più antiche norme del t.u. n. 3 del 1957, per i dipendenti non privatizzati)⁽⁵⁹⁾.

Sotto altro profilo, l'art. 10 della direttiva, riprendendo le definizioni di cui all'art. 2 e le previsioni di cui all'art. 4, lett. m) si occupa di garantire condizioni di «prevedibilità minima del lavoro», in quei rapporti contrattuali in cui «l'organizzazione del lavoro di un lavoratore sia interamente o in gran parte imprevedibile». In questi casi, il datore di lavoro è vincolato a rispettare entrambe le seguenti condizioni: (a) il lavoro deve essere svolto entro ore e giorni di riferimento predeterminati (“time slots”), secondo le previsioni dell'art. 4, par. 2, lettera m), punto ii); e (b) il lavoratore deve ricevere un preavviso ragionevole prima di poter iniziare la sua prestazione, secondo le previsioni di cui al punto iii) della disposizione prima citata

Il par. 2 dello stesso art. 10 precisa che in assenza anche di uno solo dei requisiti anzidetti, il lavoratore ha il diritto di rifiutare un incarico di lavoro senza conseguenze negative. In altri termini, la norma riconosce, non già l'improduttività degli effetti dei comandi datoriali non conformi alle previsioni di legge (che si configurerebbe come una forma di nullità), ma piuttosto viene a legittimare il rifiuto del dipendente a dar corso ad un ordine illegittimo, secondo un modello che, a parere di chi scrive, deve correttamente ricondursi all'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. (e cioè a una forma libera di autodifesa contrattuale⁽⁶⁰⁾).

⁽⁵⁸⁾ V. dir. 2002/15/CE, recepita però dal d. lgs. n. 234/2007 per il tramite delle disposizioni della contrattazione collettiva e, di conseguenza, con un rinvio (all'art. 11 *bis* del CCNL di settore) che sembra denotare una carenza di consapevolezza circa i valori qui in gioco.

⁽⁵⁹⁾ L'art. 8 dell'articolo di cui all'AG 377 (v. *supra* nota n. 54) si limita a riprendere la formula della direttiva, solo completandola con il richiamo alle disposizioni di cui al d. lgs. 165/01, in tema di lavoro pubblico. Preoccupa però il fatto che la stessa disciplina venga ora estesa anche al lavoro parasubordinato, in palese contrasto sia con la logica che governa la contrapposizione fra autonomia e subordinazione, sia con il perimetro che la dir. 1152 assegna espressamente alle proprie previsioni (a riguardo, v. ancora Ferrante, *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152*, cit., 3 segg.

⁽⁶⁰⁾ Rinvio a riguardo, al mio *Potere e autotutela nel rapporto di lavoro. Eccezione di inadempimento, Rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale*, Giappichelli, 2004.

Non è chiaro se, là dove prevede l'assenza di conseguenze negative, la norma intenda solo rendere illegittime le eventuali misure che il datore ponga in essere in ritorsione al legittimo rifiuto del prestatore, o se addirittura il diritto in parola sia utile a conservare anche la retribuzione, che altrimenti sarebbe stata corrisposta a fronte dell'esecuzione della prestazione illegittima. In quest'ultimo senso, invero, sembrerebbe potersi trarre argomento dal comma 3, che prevede «che il lavoratore abbia diritto a una compensazione se il datore di lavoro annulla l'incarico di lavoro precedentemente concordato con il lavoratore dopo un determinato termine ragionevole» e dunque con un preavviso così breve da impedire al lavoratore di poter rinvenire altra utile occasione di lavoro. Poiché invero si riconosce il diritto del lavoro a vedere compensato il tempo che il datore ha sottratto ad altra attività produttrice di reddito, non mancherebbe base per riconoscere il diritto o ad una indennità o anche al salario base, commisurato alla durata della prestazione rifiutata, quando per le concrete modalità di revoca dell'indicazione, il datore venga ad impedire un uso alternativo delle capacità professionali del lavoratore.

L'art. 11 prevede, poi, che «qualora consentano l'uso di contratti di lavoro a chiamata o di contratti di lavoro analoghi, gli Stati membri adottano una o più delle seguenti misure per prevenire pratiche abusive: (a) limitazioni dell'uso e della durata dei contratti a chiamata; (b) una presunzione *juris tantum* [confutabile] dell'esistenza di un contratto di lavoro con un ammontare minimo di ore retribuite sulla base della media delle ore lavorate in un determinato periodo; (c) altre misure equivalenti che garantiscano un'efficace prevenzione delle pratiche abusive».

L'art. 12, infine, sembra voler correttamente collocare le forme contrattuali ad orario variabile nell'ambito delle misure dirette a sviluppare l'occupazione, anche a ragione del fatto che esse si affiancano talora a sussidi pubblici, di tipo assistenziale o previdenziale, incoraggiando la «transizione a un'altra forma di lavoro».

Si prevede così che gli Stati membri provvedano «affinché un lavoratore con almeno sei mesi di servizio presso lo stesso datore di lavoro, che abbia completato l'eventuale periodo di prova, possa chiedere una forma di lavoro con condizioni di lavoro più prevedibili e sicure, se disponibile, e riceva una risposta scritta motivata». Ed il par. 2 dello stesso art. 11 aggiunge che la risposta andrà fornita entro un mese dalla richiesta, venendo ad essere ammesso tuttavia, in ragione delle ridotte dimensioni dell'impresa, un più ampio margine di tempo perché la richiesta sia evasa; parimenti si ammette una risposta solamente orale, nel caso di reiterazione della richiesta da parte dello stesso lavoratore, «se la motivazione della risposta rimane invariata». Il comma 1 aggiunge poi, in conclusione, che: «Gli Stati membri possono limitare la frequenza delle richieste che fanno scattare l'obbligo di cui al presente articolo».

7. Le questioni poste dall'esigenza di procedere alla corretta trasposizione della direttiva: il lavoro a *part time*

Ove correttamente si dovesse interpretare la previsione di cui all'art. 5 d. lgs. n. 81/2015 in ordine alla prevedibilità dell'orario dei lavoratori a tempo parziale, si dovrebbe ritenere, che proprio per rispettare le preoccupazioni di quello che l'art. 9 della dir. 1152 chiama impiego parallelo, siano molto modeste (se non addirittura inesistenti) le possibilità di prolungare, in qualsiasi modo, l'orario del lavoratore a tempo parziale, sulla scorta del principio del giusto salario di cui all'art. 36 Cost. (essendo evidente come in assenza di tali limiti non sarebbe facile il cumulo di più occupazioni). In altri termini, dovrebbe dirsi che è l'ordinamento italiano stesso a vietare prolungamenti delle

prestazioni *part time*, in quanto questi siano di ostacolo a far conseguire al lavoratore un salario conforme ai limiti di cui all'art. 36 Cost.⁽⁶¹⁾, di modo che il d. lgs. 81/2015 dovrebbe essere rivisto al fine di assicurare che il dipendente sia sempre informato della collocazione oraria di ogni singola frazione della sua prestazione (anche a mente del fatto che norme di maggior favore per il lavoratore sono espressamente ammesse dall'art. 20, par. 2 della direttiva 1152 e trovano senz'altro base nelle esigenze che la stessa direttiva richiama).

Nello stesso senso, si dovrebbe ritenere che il contenuto dell'art. 10 dir. sembrerebbe irrilevante ai fini della disciplina del lavoro a tempo parziale, proprio a ragione della più rigida regola nazionale di cui si è detto.

La soluzione sembra essere diversa quanto al lavoro *full time*, poiché il principio del giusto salario, se vale a circoscriverne la durata complessiva, sembra inidoneo a determinare limiti quanto alla collocazione oraria, come fatto palese dalla moltitudine di modelli conosciuti in concreto dall'organizzazione del lavoro. In questo senso, si dovrebbe ritenere che le previsioni di cui all'art. 10 dir. varrebbero senz'altro ad introdurre nell'ordinamento interno limiti, altrimenti inesistenti (se non sulla base delle previsioni generali in tema di buona fede: artt. 1175 e 1375 c.c. o delle disposizioni della contrattazione collettiva), nella disciplina del tempo pieno (non potendosi dare estensione analogica ai principi della norma relativa ad una disciplina speciale come il *part time*, a fronte, per di più, di una retribuzione commisurata a un orario "pieno")⁽⁶²⁾.

A riguardo, al contrario, lo schema di disegno di legge governativo prossimo ad essere approvato⁽⁶³⁾, dopo i necessari passaggi parlamentari, per nulla si preoccupa del coordinamento con la vigente disciplina del lavoro a tempo parziale, ed anzi ammette la possibilità che «il datore possa limitare o negare al lavoratore lo svolgimento di altro e diverso rapporto di lavoro» seppure in presenza di uno dei requisiti che seguono: un pregiudizio per la salute e sicurezza; la necessità di garantire l'integrità del servizio pubblico; un conflitto di interessi, pur in assenza di una violazione dell'art. 2105 c.c.

Appare evidente come la dilatazione dell'obbligo di fedeltà che così si realizza, in assenza del riconoscimento di un corrispettivo (arg. *ex* art. 2125 c.c.) sembri porsi in palese contrasto con le previsioni costituzionali dell'art. 36 di cui sopra si è detto, posto che, nella maggior parte dei casi, il prestatore ad orario ridotto non potrà che rintracciare altra occupazione in un settore vicino se non analogo a quello in cui si esercita l'attività del datore, di modo che la trasposizione della direttiva verrebbe così ad introdurre un limite del tutto innecessario e sproporzionato rispetto al suo dichiarato obiettivo protettivo.

Ancora più eclatanti sono i dubbi di costituzionalità, lì dove la norma in progetto estende i medesimi vincoli ora esaminati anche al di fuori della sfera del lavoro subordinato, rendendoli applicabili al lavoro etero-organizzato e a quello para-subordinato. Qui il commento non può che essere fortemente negativo, ove si tenga conto della circostanza che si viene in questo modo a smentire in radice la natura autonoma di questui rapporti (con ogni conseguente ben noto effetto sul piano del diritto della concorrenza).

⁽⁶¹⁾ Mi sono occupato del tema nel cap. V del mio *Il tempo di lavoro*, cit., 265-320.

⁽⁶²⁾ In senso contrario, per l'idea che la Corte esprima una indicazione di carattere generale, v. da ultimo G. Calvellini, *La funzione del part-time*, cit, 136, ma senza indicare convincentemente le ragioni per cui si giunge a questa conclusione.

⁽⁶³⁾ A.G. 377 trasmesso alla presidenza del Senato in data 1° aprile 2022.

8. Il lavoro “a chiamata” e per “prestazioni occasionali ed accessorie”

Nessuna previsione dell'art. 8 del d.d.l. qui in esame (intitolato al “cumulo di impieghi”) si applica espressamente a quelle forme di lavoro che sembrano, invece, costituire i naturali destinatari della disciplina dettata dalla direttiva: mi riferisco al lavoro “intermittente” e alle “prestazioni occasionali ed accessorie”, di cui subito brevemente si dirà.

Come è noto, il contratto di lavoro “intermittente” (o “a chiamata”) è disciplinato dal d. lgs. n. 81 del 2015, dopo essere stato introdotto dal d. lgs. n. 276/2003. Si tratta del contratto, a tempo determinato o indeterminato, mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa in modo discontinuo o intermittente, secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi, anche con riferimento alla possibilità di svolgere le prestazioni in periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno (così l'art. 13 d. lgs. n. 81/2015). Il contratto presenta limiti di tipo oggettivo e soggettivo; sotto il primo profilo vengono in rilievo le attività elencate nella tabella allegata all'antico r.d. n. 2657/1923, in origine collegato alle previsioni di cui all'art. 1 del r.d.l. n. 692/1923, costituendo l'elenco delle «occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa e custodia alle quali non è applicabile la limitazione d'orario» prevista da quella antica fonte⁽⁶⁴⁾. In merito all'ambito soggettivo, il contratto di lavoro intermittente può essere concluso solo con soggetti di età inferiore ai 24 anni di età o superiore ai 55 anni (art. 13, co. 2 d. lgs. 81/2015).

A mente dell'art. 13, co. 3, il lavoro intermittente «è ammesso, per ciascun lavoratore con il medesimo datore di lavoro, per un periodo complessivamente non superiore a 400 giornate di effettivo lavoro nell'arco di tre anni solari», di modo che «in caso di superamento del predetto periodo il relativo rapporto si trasforma in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato». Quest'ultimo limite, invero, dà l'idea che la prestazione sia tutt'altro che episodica (di modo che, a fronte di un ciclo produttivo organizzato su cinque giorni lavorativi, in un triennio al fine di evitare la conversione è sufficiente lavorare meno del 51% delle giornate complessive di servizio) venendo a fare del lavoro intermittente (la cui natura subordinata non pare dubbia) una forma di vero e proprio *part time*, connotata però da minori vincoli, posto che può anche prevedersi l'assenza di un obbligo di risposta⁽⁶⁵⁾.

Ovvio, allora, che all'ipotesi del lavoro intermittente dovranno trovare applicazioni le limitazioni di cui alla direttiva, quanto al preavviso e alla tutela della prevedibilità della prestazione, mentre già l'art. 17 d. lgs. 81/2015 estende il principio di non discriminazione al pari che nei rapporti a tempo parziale⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁴⁾ A riguardo si segnala la recente circolare dell'INL n. 1/2021, secondo cui alle parti sociali è affidata l'individuazione delle sole “esigenze”, non essendo loro riconosciuto il potere di interdire l'utilizzo della tipologia ora in esame nel settore regolato.

⁽⁶⁵⁾ Secondo l'art. 13, co. 4: «Nei periodi in cui non ne viene utilizzata la prestazione il lavoratore intermittente non matura alcun trattamento economico e normativo, salvo che abbia garantito al datore di lavoro la propria disponibilità a rispondere alle chiamate, nel qual caso gli spetta l'indennità di disponibilità di cui all'articolo 16». L'indennità, a mente dell'art. 16, «è determinata dai contratti collettivi e non è comunque inferiore all'importo fissato con decreto del Ministro del lavoro, sentite le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

⁽⁶⁶⁾ Non è questa la sede per verificare se i limiti richiamati nel testo valgano a depotenziare la portata della giurisprudenza costituzionale: solo si aggiunge che il lavoro a chiamata veniva presentato nel

Un secondo ordine di questioni richiama il lavoro “a chiamata”, introdotto dal d. lgs. n. 276/2003 una disciplina apposita per prestazioni “occasionalmente ed accessorie”, rimasta a lungo ai margini, ma che ha poi conosciuto un rapidissimo incremento quando, dopo l’emanazione del d. lgs. 81/2015, non era chiaro quale sorte spettasse ai tanti rapporti “di collaborazione” allora in essere.

A seguito di una raccolta di firme diretta alla sua cancellazione per via referendaria, l’art. 48 segg. del d. lgs. 81 è stato abrogato e sostituito dall’art. 54 bis, d. l. n. 50/2017 (come introdotto dalla l. n. 96/2017), a mente del quale trovano ora disciplina le “prestazioni di lavoro occasionali”, quali «attività lavorative che danno luogo, nel corso di un anno civile» ad un certo reddito individuale, da calcolarsi in relazione alle soglie previste dalla legge, che si riferiscono: sia al singolo prestatore; sia, con riferimento alla totalità dei prestatori, a ciascun “utilizzatore”; sia ai pagamenti che intercorrono fra i medesimi soggetti per «le prestazioni complessivamente rese da ogni prestatore in favore del medesimo utilizzatore». Come è noto, in questa particolare forma di lavoro, il corrispettivo orario è determinato *ex ante*, e viene corrisposto unicamente a mezzo buoni⁽⁶⁷⁾.

L’introduzione del lavoro occasionale ed accessorio fu presentata dal Libro Bianco dell’ottobre 2001 come necessitata dall’esigenza di prevedere anche in Italia forme di lavoro accessorio, che si assumeva derivasse dalla direttiva sul *part time*, là dove questa, come più sopra si è detto, non trova applicazione indifferenziata a tutte le ipotesi di orario ridotto, ma solo nell’ipotesi in cui si superi una soglia oraria (non definita dalla direttiva e lasciata ai singoli ordinamenti: v. cl. 2 dell’accordo allegato alla dir. 97/81/CE). Il lavoro “occasionale”, quindi, sarebbe diverso da quello a tempo parziale (e da qui la definizione dell’ordinamento interno).

L’idea era quella di incoraggiare l’emersione di una pluralità di attività che, anche per carenza di idonee forme di regolazione normativa, non riuscivano a tradursi in lavoro dichiarato, venendo così a falsare l’immagine del mercato del lavoro italiano, che poteva ritrarsi dai dati ufficiali (che ovviamente non tengono conto di queste realtà). Né mancava l’idea che per questa via si potesse consentire ad un potenziale rimasto inespresso di sviluppare il numero complessivo degli occupati, conducendo verso l’incremento anche del lavoro stabile.

Quanto al rispetto delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità nella cit. sentenza n. 210/92, valga il rilievo che quelle forme di lavoro a tempo ridotto si rivolgevano a soggetti che si trovavano per condizione soggettiva lontani dalla piena occupazione, di modo che il lavoro occasionale accessorio poteva presentarsi non come una forma di lavoro in senso proprio cui applicare *in toto* lo statuto di tutela della Costituzione, ma come misura diretta a consentire l’inclusione lavorativa di quanti si trovavano ai margini del mercato del lavoro a ragione del protrarsi dello stato di disoccupazione (ovvero per favorire l’occupazione dei pensionati e quindi senza più un richiamo all’art. 36 Cost., data la possibilità di cumulare reddito e pensione).

Appare evidente, al contrario, come nella lunga fase di riformulazione dei precetti del d. lgs. n. 276 questi limiti siano spesso passati in secondo piano, dilatando le ipotesi in cui poteva farsi

Libro Bianco dell’ottobre 2001 come uno sviluppo del lavoro tramite agenzia (anche se questo spunto non sembra poi aver trovato adeguata traduzione nel d. lgs. n. 276/2003 e nelle successive modifiche).

⁽⁶⁷⁾ Non si deve dimenticare, quanto alla qualificazione della natura del rapporto posto in essere, che il d. lgs. n. 276/2003 prevedeva anche “prestazioni occasionali”, in riferimento a attività che non determinassero il superamento di una certa soglia annua di reddito, sottratte all’obbligo di riconduzione al lavoro a progetto (art. 61, co. 2: c.d. “mini-co.co.pro”): si tratta di ipotesi (o meglio di un limite alle previsioni generali) scomparsa con l’abrogazione del lavoro a progetto operata dal d. lgs. n. 81/2015.

utilizzo di questa forma di lavoro e dimenticando che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul *part time* (e la successiva direttiva n. 97/81) tende proprio ad eliminare le forme di differenziazione già presenti nella legislazione più antica degli altri stati europei (e non certo ad esaltarle, come invece è avvenuto in Italia dopo il 2003)⁽⁶⁸⁾.

In questa prospettiva, ove superi la soglia ora definita direttamente dalla direttiva 1152 (3 ore a settimana), il lavoro occasionale è quindi costretto a confrontarsi con le previsioni di questa che sopra si sono richiamate e con l'impostazione binaria, che domina non solo la tassonomia del codice italiano, ma anche le disposizioni europee, dovendo trovare collocazione o nell'area del lavoro subordinato, nella quale il momento esecutivo vede il predominio del potere di direzione aziendale, o in quella del lavoro autonomo, che lascia al prestatore il controllo sulle modalità di esecuzione della prestazione⁽⁶⁹⁾.

A riguardo il progetto di legge di cui sopra si è detto, nulla prevede, limitandosi a riprodurre le disposizioni della direttiva in ordine al diritto a rifiutarsi di eseguire la prestazione e al diritto al risarcimento per l'ipotesi che la prestazione richiesta sia poi rifiutata, attribuendo «a compensazione per la mancata esecuzione della prestazione lavorativa» un importo non inferiore al 50% del compenso pattuito. Si tratta di previsione che verrebbe introdotta nell'ordinamento senza alcun preciso ambito di applicazione, e dunque, è da ritenersi, in via generale, anche a modifica della disciplina del rapporto di lavoro a tempo parziale. Ancora una volta sembrerebbe che il legislatore italiano abbia equivocato sulle finalità della direttiva e finisca per sovrapporre meccanicamente alla disciplina interna le previsioni europee, senza rendersi conto che si tratta invece di far luogo ad una valutazione critica della normativa già esistente. La semplice giustapposizione di norme diverse (e quasi sempre tendenzialmente confliggenti) lascia così spazio a possibili controversie interpretative che potranno finire per affaticare non poco la giurisprudenza (specie ove la dottrina non sappia svolgere il ruolo di indirizzo che le dovrebbe essere proprio).

9. Il lavoro “agile”

Non si può concludere questo scritto senza fare un riferimento, seppure fugace, alla disciplina del lavoro “agile” che, a mente dell'art. 18, l. n. 81/2017 viene definita come «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato [...] anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro».

Qui trova emersione, come plasticamente documentato dalla lunga fase pandemica, il concetto che il lavoro subordinato non richieda affatto di essere etero-organizzato in maniera minuziosa dal datore, quanto alla sua collocazione spaziale e temporale, potendo darsi l'ipotesi che la prestazione sia subordinata, anche se non rigidamente collegata a quelle rese dagli altri

⁽⁶⁸⁾ Per questo motivo non pare felice la scelta di chi, nell'affrontare in maniera monografica il tema, ha ritenuto di poter escludere completamente la dimensione europea, concentrandosi solo sull'evoluzione normativa interna (v. F. Marinelli, *Il lavoro occasionale in Italia*, Torino, 2019).

⁽⁶⁹⁾ Secondo F. Marinelli, *Il lavoro occasionale*, l'ipotesi normata viene a costituire un contratto a sé stante, distinto dalla fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., a ragione della occasionalità dell'esigenza datoriale: la tesi, invero, è assai risalente, ed è stata rigettata concordemente dalla dottrina, là dove, in relazione al lavoro a tempo parziale, si è preteso di far discendere da questa specialità la mancata applicazione dello statuto protettivo del lavoratore subordinato (ed in particolare della l. n. 604/66): sul punto, per qualche cenno, rinvio ancora a V. Ferrante, *Il cumulo dei lavoretti*, cit., 615.

lavoratori. SI tratta di una evoluzione delle previsioni più antiche, ora condensate nell'art. 17, co. 5, d. lgs. n. 66/2003, là dove si esonerano dall'applicazione della gran parte delle norme della direttiva i «lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi». La disposizione di legge, anzi, fa espresso richiamo ad ipotesi specifiche, quali i dirigenti, il personale direttivo o «altre persone aventi potere di decisione autonomo» richiamando altresì (alla lettera d) le «prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro».

Queste previsioni costituiscono prova irrefragabile della circostanza che non si può far discendere dall'articolazione oraria un vincolo in relazione al potere direttivo e al collegato potere di controllo e, dunque, confermano la conclusione che già si è enunziata in esordio, secondo cui le manifestazioni dell'etero-direzione aziendale che costituiscono essenza della subordinazione non necessariamente attingono all'organizzazione oraria del lavoro, ben potendo accadere che, salvi i limiti di coordinamento con gli altri “collaboratori” dell'imprenditore, il singolo prestatore resti libero di scegliere quando e come effettuare la sua prestazione⁽⁷⁰⁾. Non per questo, tuttavia, l'articolazione dell'orario è materia secondaria o trascurabile, posto che l'impegno orario richiesto al singolo può, ove sia frammentato o imprevedibile, può costituire una minaccia al suo diritto a percepire una retribuzione che lo metta al riparo dal rischio della povertà lavorativa.

⁽⁷⁰⁾ E tanto veniva ad essere affermato dalla prima sentenza della magistratura torinese sul caso dei *riders*, là dove, prescindendo dalla sussistenza di un vincolo di risposta, si negava la natura subordinata proprio sulla scorta del fatto che la piattaforma non era sempre in grado di seguire il percorso effettuato dal lavoratore: a riguardo rinvio anche per i necc. riff. a V. Ferrante, *Ancora in tema di qualificazione dei lavoratori che operano grazie ad una piattaforma digitale*, *DRI*, 2021, 1, 215-222.

Bibliografia

- AA. VV., *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, El Derecho, 2020.
- Alessi C., *La direttiva 2019/1158/UE. Alcune riflessioni su congedi di paternità e flessibilità del lavoro*, in *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, a cura di M. Corti, Vita e Pensiero, 2022, 29 ss.
- Allamprese A., *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro. Quadro normativo e poteri individuali*, Kluwer Ipsa, 2003.
- Bolego G., *Il lavoro straordinario. Fattispecie, disciplina e tecniche di tutela*, Cedam, 2004;
- Bologna S., *The rise of the european self-employed workforce*, Mimesis, 2018.
- Borelli S. - Orlandini G., *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *Quest. Giust.*, 2019, 4, 61 ss.
- Bosch G. - Lehdorff S., *Working-Time Reduction and Employment: Experiences in Europe and Economic Policy Recommendations*, in *Camb. Jour. of Economics*, 25, 2, 2001, 209-43.
- Calvellini G., *La funzione del part-time: tempi della persona e vincoli di sistema*, Esi, 2020.
- Carinci F. (a cura di), *Orario di lavoro*, Ipsa, 2000.
- Carinci F., *Il perverso giurisprudenziale sui "rider". Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020*, in *ADL*, 2021, 1, I, 1 ss.
- Cester C. - Mattarolo M.G. - Tremolada M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Giuffrè, 2004.
- Corti M. (a cura di), *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, Vita e Pensiero, 2022.
- Esping Andersen G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, 1990.
- Ferrante V., *Potere e autotutela nel rapporto di lavoro. Eccezione di inadempimento, Rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale*, Giappichelli, 2004
- Ferrante V., *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, 2008.
- Ferrante V., in *Il cumulo dei "lavoretti": quale tutela per le attività discontinue o saltuarie?*, in *LD*, 2018, 613-631.
- Ferrante V., *Between health and salary: The incomplete regulation of working time in European law*, in *ELLJ*, 2019, 10, 4, 370-385.
- Ferrante V., *Il cumulo dei lavoretti; quale tutela per le attività discontinue o saltuarie?*, in *LD*, 2018, 4, 613-631.
- Ferrante V. (cur.), *A tutela della prosperità di tutti*, Giuffrè, 2020
- Ferrante V., *Libertà economiche e diritti dei lavoratori*, Vita e Pensiero, 2020
- Ferrante V., *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori "delle piattaforme"*, in *WP CSDLE It n. 158/2022*.
- Ferrante V., *Ancora in tema di qualificazione dei lavoratori che operano grazie ad una piattaforma digitale*, in *DRI*, 2021, 1, 215-222.
- Ichino P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1984 e 1985.
- Ichino P., *L'orario di lavoro e i riposi, artt. 2107-2109*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 1988
- Ichino P., -Valente L., *L'orario di lavoro e i riposi, artt. 2107-2109*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, II ediz., 2012.
- Ingrao A., *Il mercato delle ore di lavoro. Interposizione nei rapporti di lavoro autonomo*, Giuffrè, 2020.
- Leccese V., *L'orario di lavoro, Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, 2001
- Leccese V., *Orario di lavoro: la normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsa, 2004 (con contributi di A. Allamprese; V. Bavaro; S. Bellomo; G. Bolego; L. Calafà; C. Spinelli ed aa.).
- Leccese V., *La disciplina dell'orario di lavoro nel d. lgs. n. n.66/2003*, in *WP CSDLE It. n. 83/2006*.
- Marinelli F., *Il lavoro occasionale in Italia*, Giappichelli, 2019.
- Martone M., *Sulla nozione di «lavoro effettivo»*, in *ADL*, 1998, 463 ss.
- Mengoni L., *Il contratto individuale di lavoro*, in *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, Vita e Pensiero, 2004.

- Milhaud E., *The Results of the Adoption of the Eight-Hour Day: The Eight-Hour Day and Technical Progress*, in *Int. Labour Review*, 1925.
- Miranda Boto J. M., *Annotazioni sulla nuova direttiva (UE) 2019/1152*, in *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, a cura di M. Corti, Vita e Pensiero, 2022, 59 ss.
- Napoli M. (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *NLCC*, 2004 (con contributi di: V. Bavaro; M. Corti; V. Ferrante; M. Lai; V. Leccese; A. Occhino).
- Ricci G., *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, 2005.
- Simonato D., *Finalità e definizioni*, in *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, a cura di C. Cester - M. G. Mattarolo - M. Tremolada, Giuffrè, 2004, 42 ss.
- Supiot A. (a cura di), *Il futuro del lavoro* (ediz. italiana a cura di Barbieri e Mingione), Carocci, 2003 (ediz. francese 1999, con il titolo *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*).
- Tosi P., *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?* in *ADL*, 2015, 6, I, 1117 ss.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**La piattaforma dello spazio-tempo.
Appunti per una teoria della relatività organizzativa**

MARCO MARRONE
Università del Salento

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695





LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

La piattaforma dello spazio-tempo. Appunti per una teoria della relatività organizzativa

MARCO MARRONE

Università del Salento

Ricercatore in Sociologia economica e del Lavoro

marco.marrone@unisalento.it

ABSTRACT

This contribution looks at the organizational innovations introduced by digital platforms from a broader reflection, which is positioning them within the historical depth necessary to understand their underlying logic. From this perspective, they emerge not simply as the outcome of the new potentials offered by digital technologies, but as the result of more articulated social dynamics. In tracing the evolutions of the various organizational models that have taken place in the industrial sphere (from Fordism to network capitalism to the rise of digital platforms) what will be highlighted is how these transformations respond to social and political logics having the same goal: the control of labor. Thus, digital platforms appear as the final piece of these transformations, capable of a disruption of space/time coordinates of production that while on one hand allow them to emerge as leader in the global market, on the other provides them increasingly pervasive and effective labor disciplining devices. Despite this, platforms do not appear to be the sole owners of their destiny. The most recent transformations underscore how the mobilization experiences we have seen rising from riders and drivers are succeeding in affecting both the formal dimension of law and the organizational substance of platforms.

Keywords: Digital Platforms; organizational models; labor organization; labor rights.

<https://doi.org/10.6092/issn2421-2695/15101>

La piattaforma dello spazio-tempo.

Appunti per una teoria della relatività organizzativa

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il fordismo come eccezione. Ascesa, egemonia e crisi dell'organizzazione "scientifica" del lavoro. – 3. La transizione post-fordista e il capitalismo reticolare. – 4. L'ascesa delle piattaforme. Una rivoluzione tecnologica? – 5. Le lotte dei *rider* e la contesa organizzativa. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Quando Albert Einstein nel 1915 presentò la sua teoria della Relatività generale, l'intero mondo accademico restò sconvolto dalla sua scoperta rivoluzionaria. La teoria che fece guadagnare il Nobel al fisico tedesco sosteneva come le coordinate spazio-temporali non fossero uno standard valido ovunque nell'universo, ma siano dimensioni soggette all'influenza del comportamento di altri fattori quali, ad esempio, la massa, l'energia e l'accelerazione della materia⁽¹⁾. Lo stesso sembra accadere con la crescente diffusione delle piattaforme nella società, in grado di consegnarci qualsiasi prodotto in pochi minuti, di farci conversare con affetti che si trovano a migliaia di km di distanza, o persino poter frequentare un corso universitario senza dover uscire di casa. Una rivoluzione tecnologica, resa ancora più evidente dagli effetti della pandemia da Covid-19, che appunto riconfigura il modo attraverso cui operiamo nello spazio-tempo, trasformando radicalmente tanto l'economia, quanto la società nel suo complesso⁽²⁾. Un cambiamento che diviene ancora più evidente se guardiamo al lavoro, ambito in cui le tecnologie digitali più che realizzare la sua *fine* attraverso l'automazione, appaiono orientate verso una profonda trasformazione di molte delle sue caratteristiche fondamentali, quali proprio le coordinate spazio-temporali entro il quale si esprime la sua organizzazione⁽³⁾. Un salto di paradigma che, particolarmente agli occhi degli operatori del diritto, rende il lavoro sempre più opaco e sfuggente, aprendo a controversie che interrogano i pilastri sul quale si fonda la concezione stessa di lavoro⁽⁴⁾.

Eppure, mentre da un lato le piattaforme sembrano riuscire a «penetrare nel cuore della società»⁽⁵⁾, estendendo la pervasività delle sue logiche di funzionamento in ogni ambito e settore, dall'altro le loro contraddizioni hanno fornito il terreno sul quale

(1) H.A. Lorentz - A. Einstein – H. Minkowski – H. Weyl, *The Principle of Relativity. A collection of original memories on the special and general theory of relativity*, Dover, 1952.

(2) J. van Dijck- T. Poell – M. de Waal, M., *The Platform Society. Public values in a connective world*, Oxford University Press, 2018.

(3) A. Casilli, *Schiavi del clic. Perché lavoriamo tutti per il nuovo capitalismo?* Feltrinelli, 2020.

(4) U. Huws, *Reinventing the Welfare State: Digital Platforms and Public Policies*, Pluto Press, 2020; F. Chicchi, *Beyond the 'salary institution': on the 'society of performance' and the platformisation of the employment relationship*, *Work Organisation Labour & Globalisation*, 2020, 14(1), 15-31.

(5) J. van Dijck – T. Poell – M. de Waal, *op. cit.*

il movimento sindacale ha trovato nuova linfa vitale⁽⁶⁾. Per comprendere come ciò sia stato possibile, è importante sottolineare come tali trasformazioni non sono avvenute nel vuoto, né tantomeno essere possono essere ricondotte alle sole conseguenze dell'innovazione tecnologica. Piuttosto, le tendenze espresse dal *capitalismo di piattaforma* rappresentano la frontiera di trasformazioni che da tempo caratterizzano il nesso tra “fabbrica e società”, ossia la capacità dei modelli di organizzazione della produzione di influenzare la società e viceversa⁽⁷⁾. In quest'ottica, le piattaforme rappresentano una specifica “congiuntura” di questo nesso, in grado di affermarsi a seguito di processi sociali, economici e politici di più lunga durata⁽⁸⁾ che vanno analizzati in profondità per comprenderne i possibili sviluppi futuri.

In primo luogo, però, ciò vuol anche dire che per quanto le piattaforme appaiono sempre più le protagoniste dello scenario economico e sociale, esse non sono le sole padrone del loro destino⁽⁹⁾. Al pari di quanto è accaduto per i precedenti assetti organizzativi, il futuro delle piattaforme appare tutt'altro che immune dall'impatto delle mobilitazioni lotte dei lavoratori e della loro capacità di incidere sulle trasformazioni del diritto e della società⁽¹⁰⁾. Detto in altri termini, le trasformazioni che vediamo nell'ambito di piattaforme come Amazon, Gorillaz o Deliveroo mettono in evidenza una relatività che non solo smentisce l'immaginario della natura “tecnica” e “scientifica” dell'organizzazione della produzione, ma vede le piattaforme al centro di una contesa che ha per oggetto proprio le coordinate spazio-temporali nel quale essa avviene.

Obiettivo di questo articolo è quindi quello di posizionare le trasformazioni apportate dalle piattaforme nelle coordinate spazio-temporali della produzione, posizionandole all'interno della profondità storica necessaria a comprendere la loro portata. In particolare, verrà sottolineato come le varie configurazioni spazio-temporali della produzione che si sono susseguite nelle diverse fasi del capitalismo mettono in evidenza come l'organizzazione sia non solo una dimensione relativa, dunque trasformabile, ma - a discapito delle narrazioni sulla flessibilità e sulla fine della subordinazione - resti uno dei principali campi di tensione entro il quale il conflitto tra Capitale e lavoro va sempre più esprimendosi. Tale prospettiva verrà quindi affrontata ripercorrendo l'ascesa, l'egemonia e, infine, la crisi del fordismo, ma anche di quelle tendenze che vengono qui definite “transazioni postfordiste”. In questa prospettiva, le piattaforme diventano le protagoniste di un generale processo di *piattaformizzazione* dell'economia e della società che se da un lato prolunga le trasformazioni composite e

⁽⁶⁾ H. Heiland, *Workers' Voice in Platform Labour*, Hans-Böckler-Stiftung, 2020; M. Marrone, *Rights Against the Machines. Il lavoro digitale e le lotte dei rider*, Mimesis, 2021.; J. Woodcock, *The Fights Against Platform Capitalism: An inquiry into the Global Struggles of the Gig Economy*, University of Westminster Press, 2021.

⁽⁷⁾ M. Tronti, M. (1971). *Operai e Capitale*, Giulio Einaudi, 1971.

⁽⁸⁾ J. Peck – R. Philips, *The platform conjuncture*, *Sociologica*, 2020, 14(3), 73-99.

⁽⁹⁾ G. Davis – S.D. Shibulal, *Taming platform capitalism to meet human needs* in S. Rangan, *Capitalism Beyond Mutuality? Perspectives Integrating Philosophy and Social Science*, Oxford University Press, 2018, 207-226.

⁽¹⁰⁾ J. Woodcock, *op. cit.*

variegate che abbiamo visto nel corso degli ultimi 30 anni, dall'altro tenta di assolvere anche alla loro crisi, manifestatasi con il crack finanziario del 2008 e con il decennio di austerità che ne ha avuto seguito. In questo contesto, le piattaforme sono state in grado di presentarsi – come emerge in modo evidente nelle narrazioni della *sharing economy* – come coloro in grado di apportare quelle “rivoluzioni” necessarie a superare i blocchi imposti dalla crisi. Una centralità che, nello scenario pandemico, abbiamo visto configurarsi sempre di più al punto di arrivare a guardare alle piattaforme non più soltanto come un modello di *business*, ma come infrastrutture attorno al quale l'economia e la società si va riorganizzando nel tentativo di superare le conseguenze dell'emergenza sanitaria. Tuttavia, come mostrano i successi delle lotte dei rider e degli altri lavoratori digitali di questi ultimi anni, anche se ci possono apparire sempre più forti ed egemoni, esse non restano però le uniche padrone del loro destino.

2. Il fordismo come eccezione. Ascesa, egemonia e crisi dell'organizzazione “scientifica” del lavoro

Se volessimo attribuire alla sociologia del lavoro una data di nascita esatta, questa non potrebbe che essere il 27 Settembre 1908, in cui dalle linee di montaggio della fabbrica di Henry Ford a Detroit venne prodotta *Lizzie*, la prima Ford T – disponibile solo di colore nero – destinata al mercato di massa americano. L'autovettura di Ford, infatti, sarà destinata a cambiare non solo le abitudini di vita della classe media, ma anche il modo di concepire il lavoro, l'economia e - secondo le letture più critiche - l'intera società che apparirà sempre più influenzata da ciò che accade all'interno delle linee di montaggio della fabbrica⁽¹¹⁾. Come osserva Castel⁽¹²⁾, è questo un punto di svolta decisivo anche per l'ascesa della figura del “salariato”, termine con cui il sociologo francese indica tutti coloro che si trovano in una condizione di subordinazione o ad essa assimilabile, ma che ha avuto bisogno di secoli di lotte e sofferenza prima di poter arrivare «ad imprimere dappertutto il suo marchio».

Naturalmente, è in questo periodo che prende forma anche il corpo dei diritti che avvolge e definisce la condizione del salario. In uno scenario in cui l'egemonia fordista sembrava segnare l'apice di uno sviluppo lineare, questa è andata imponendosi anche come la “norma” attorno al quale disegnare diritti e doveri⁽¹³⁾. Eppure, non è sempre stato così. Anzi, come osservano Neilson e Rossiter⁽¹⁴⁾, se posizioniamo il fordismo in coordinate temporali e spaziali più ampie, esso si presenta piuttosto come un'eccezione frutto, non in ultimo, proprio del momento storico e del contesto

⁽¹¹⁾ B. Settis, *Fordismi. Storia politica della produzione di massa*. Bologna: Il Mulino, 2016.

⁽¹²⁾ R. Castel, *La metamorfosi della questione sociale. Una cronaca del salario*, Sellino, 2007.

⁽¹³⁾ M. Bernstein, *Turbulent Years: A History of the American Worker 1933–1941*, MA: Houghton Mifflin, 1969.

⁽¹⁴⁾ B. Neilson – N. Rossiter, *Prearity as a political concept, or, Fordism as exception. Theory, Culture & Society*, 2008, 25(7-8), 51-72.

geografico nel quale trova origine. Fuori da quei confini la condizione dei lavoratori è ben diversa e non ha mai smesso di presentare quei tratti di povertà, fragilità e insicurezza che caratterizzano il lavoro nel sistema capitalista. In questa prospettiva, la progressiva perdita di efficacia delle forme tradizionali del lavoro che sperimentiamo nella zona nordatlantica mostra tutta l'infondatezza di una concezione lineare del diritto del lavoro. Come osservano Breman e Van Der Linden⁽¹⁵⁾, a differenza delle previsioni degli economisti classici sulla scomparsa delle condizioni informali di lavoro a seguito dell'espansione globale del capitalismo: «non è il resto del mondo ad adeguarsi ai canoni occidentali, ma sta accadendo il contrario». Tanto la precarizzazione del lavoro che ormai da circa un trentennio caratterizza il mercato del lavoro, quanto le condizioni di sfruttamento che più recentemente sono state messe in mostra nell'ambito delle piattaforme digitali, evidenziano infatti come i confini tra la dimensione formale e informale del lavoro si presentino sempre più sfumati e sovrapposti. Questo ci consente quindi non solo di posizionare la questione delle trasformazioni organizzative e delle sue conseguenze nella profondità storica e teorica che gli compete, ma anche di interrogarci sui fattori che hanno reso possibile l'*eccezione* fordista. Ciò non tanto per poterla ripetere – in questo senso è opportuno sgomberare il campo da qualsiasi nostalgismo – ma per poter mettere a nudo il ruolo decisivo giocato dalla combinazione di fattori economici, sociali e politici che si sono espressi dentro e fuori le linee di montaggio di Ford nel rendere possibile la sua organizzazione “scientifica” del lavoro⁽¹⁶⁾.

Le fabbriche di Ford, come è noto, si distinguevano dalle altre anzitutto per le generose retribuzioni di 5\$ orari, compenso di molto superiore alla media di quel periodo. Queste, infatti, avrebbero dovuto consentire agli stessi operai di Ford la possibilità di riuscire, con i propri risparmi, ad acquistare le stesse autovetture che producevano⁽¹⁷⁾. Tali benefici, però, comportavano un costo: quello di esporsi alla rigida disciplina di fabbrica, ispirata ai principi della “divisione scientifica” del lavoro di Taylor⁽¹⁸⁾. Non solo, Ford nutre un interesse quasi ossessivo nel comprendere come condizionare i comportamenti dei suoi lavoratori anche fuori dai confini della fabbrica. A questo fine, nel 1913, fonda il *Sociological Department of the Ford Motor Company* nel 1913, garantendo assistenza finanziaria a tutti coloro che si sottoponevano al programma di ricerca⁽¹⁹⁾. Così, in cambio di una garanzia monetaria, i salariati di Ford si trovano a doversi confrontare con un regime lavorativo basato sulla disciplina dei lavoratori e sui livelli più alti possibili di standardizzazione della produzione. Ogni singolo movimento svolto dagli operai in linea di montaggio doveva essere “scientificamente”

⁽¹⁵⁾ J. Breman – M. van der Linden, *Informalizing the Economy: The Return of the Social Question at a Global Level, Development and Change*, 2014, 0(00), 1-21.

⁽¹⁶⁾ B. Settis, *op. cit.*

⁽¹⁷⁾ B. Settis, *op. cit.*

⁽¹⁸⁾ F.W. Taylor, *Scientific Management*, Routledge, 2004.

⁽¹⁹⁾ F. Gambino, *A Critique of the Fordism of the Regulation School*, *The Commoner*, 2007, 12, 39-62.

predeterminato, espellendo ogni spirito di iniziativa dei lavoratori i quali vengono così ridotti a semplici appendici biologiche delle macchine⁽²⁰⁾. Ad assicurare l'adesione dei lavoratori a una disciplina così stringente non bastava però la frequente presenza di Henry Ford tra le linee di produzione – magnificamente testimoniata dal *Detroit Industrial Murales* dipinto da Diego Rivera negli anni '30 - ma era necessario trovare le chiavi necessarie ad assicurare l'obbedienza della sua forza lavoro.

In primo luogo, un ruolo decisivo veniva svolto nella stessa dimensione di fabbrica, in grado di contenere non solo tutto il materiale necessario alla produzione, conservato in quelli che erano gli ampi magazzini delle fabbriche di Ford, ma anche di concentrare i lavoratori in un unico luogo, elemento fondamentale del controllo del lavoro di matrice fordista⁽²¹⁾. A divenire l'elemento più rappresentativo della disciplina fordista del lavoro è però la figura del cronometrista, il cui compito era quello di calcolare il tempo impiegato dagli operai per svolgere ognuno dei gesti che compongono il suo mansionario⁽²²⁾. Tempi più lunghi di quelli previsti possono comportare per l'operaio una sanzione disciplinare, mentre tempi più brevi volevano dire che era necessario elaborare nuove modalità operative per incrementare la produttività dell'operaio. Il tempo, infatti, è per Ford una risorsa particolarmente preziosa, e non solo per riuscire ad ottenere il governo del lavoro. Data la crescente domanda di autovetture, questo è l'unico ostacolo nell'accumulare una ricchezza che sembra infinita agli occhi dell'imprenditore americano.

La tenuta di questa disciplina è però garantita non solo dalle logiche della catena di montaggio, ma un ruolo decisivo viene svolto anche da ciò che accade fuori dalle fabbriche. Come osserva già Marx, a rendere possibile il capitalismo è una fase "originaria" della sua accumulazione che annovera come presupposto «la separazione tra i lavoratori e i mezzi di produzione»⁽²³⁾. Grazie a questo processo, di natura «non idillica», il Capitale non solo si dota delle risorse necessarie alla produzione, ma definisce anche le basi sociali, ossia un differenziale di potere, necessaria a rendere possibile il comando sul lavoro. Prende così forma un particolare rapporto sociale reso possibile da un uso del «potere dello Stato» finalizzato a stabilire quelle condizioni necessarie a «mantenere l'operaio stesso in una condizione di dipendenza»⁽²⁴⁾. Se questo è ciò che accade nella fase originaria, la capacità che ha consentito all'accumulazione capitalista di affermarsi è quella di riprodurre e approfondire continuamente questo rapporto grazie al funzionamento delle sue stesse «leggi di produzione». In questa prospettiva, la forza del fordismo sta proprio nell'aver determinato leggi di produzione particolarmente efficaci nel consentire tanto il comando del Capitale sul lavoro, quanto il grado di

⁽²⁰⁾ H. Braverman, *Labor and monopoly capital. The degradation of work in the twentieth century*, NYU Press, 1979.

⁽²¹⁾ P. Thompson, *The capitalist labour process: Concepts and connections*, *Capital & Class*, 2010, 34(1), 7-14.

⁽²²⁾ B. Coriat, *La Fabbrica e il cronometro: saggio sulla produzione di massa*, Feltrinelli, 1979.

⁽²³⁾ K. Marx, *Il Capitale. Libro I*, Editori Riuniti, 1970, 779.

⁽²⁴⁾ K. Marx, *op. cit.*, 778-805.

dipendenza necessario a renderlo possibile. Tuttavia, ciò non avviene più nella forma “non idillica”, ma grazie alla costruzione di un nesso tra lavoro salariato e esercizio della cittadinanza. Se, da un lato, questo ha consentito alla massa di salariati di raggiungere una sfera di diritti garantiti, soprattutto a seguito della seconda guerra mondiale, dal Welfare State, dall’altro la possibilità di godere di tale protezione appare vincolata alla disponibilità dei lavoratori di accettare la disciplina della fabbrica fordista⁽²⁵⁾. Detto in altri termini, le ragioni dell’ascesa della fabbrica fordista non vanno ricercate soltanto nella capacità di imporsi sul mercato e di dominarlo, ossia nell’efficacia della divisione “scientifica” del lavoro ereditata da Taylor, ma anche nella capacità di incontrare consenso sociale. Ciò grazie ad un compromesso che se da un lato pretendeva il monopolio del comando sul tempo e lo spazio della prestazione lavorativa da parte del Capitale, dall’altro esso garantiva una logica distributiva che, per la prima volta nella Storia, consentiva al lavoro salariato di raggiungere non solo una dignità sociale, ma anche una cittadinanza politica⁽²⁶⁾.

3. La transizione post-fordista e il capitalismo reticolare

È proprio la centralità sociale e politica, oltre che economica, del lavoro salariato a svolgere un ruolo decisivo nel determinare la crisi irreversibile del paradigma fordista. Le prerogative raggiunte dal lavoro salariato, infatti, non esauriscono la spinta conflittuale mostrata dalla classe operaia fino a quel momento, ma al contrario finiscono con il rafforzarla, determinando così quelle condizioni necessarie a stimolare cicli di mobilitazione come quello che caratterizza il biennio ’68-’69⁽²⁷⁾. Quello che queste lotte mettono in luce, infatti, è come ad essere al centro delle rivendicazioni dei lavoratori non è la componente salariale o una qualche rivendicazione immediatamente traducibile in nuovi diritti, ma una soggettività espressa dalla classe operaia difficilmente monetizzabile. Detto in altri termini, come afferma Pizzorno⁽²⁸⁾, le lotte dei lavoratori in quel biennio rappresentano una lotta per il riconoscimento della centralità politica e sociale assunta dal lavoro salariato nella figura dell’operaio massa e, proprio per questo motivo, difficilmente ricomponibile all’interno di una dimensione puramente formale. È questo un punto centrale per comprendere non solo la natura di quelle lotte, ma anche perché, nel momento in cui viene approvato lo statuto dei lavoratori, larga parte del mondo operaio, così come il PCI che in parlamento scelse di astenersi, mostrò timidezza

⁽²⁵⁾ S. Mezzadra, *Introduzione* in T. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*. Edizioni Laterza, 2002.

⁽²⁶⁾ B. Settis, *op. cit.*

⁽²⁷⁾ L. Boltanski – E. Chiapello, *Il Nuovo Spirito del Capitalismo*, Mimesis, 2014.

⁽²⁸⁾ A. Pizzorno, *Scambio politico e identità collettiva nel conflitto di classe*, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 1977, 165-198.

di fronte a un testo che, per quanto avanzato, non si poneva all'altezza della sfida posta dai lavoratori nei consigli di fabbrica⁽²⁹⁾.

Nella chiave analitica offerta da Boltanski e Chiapello⁽³⁰⁾, quel ciclo di lotte riesce quindi a sommare la critica sociale, ossia il desiderio di una condizione di emancipazione sociale, con quella che gli autori definiscono come «artistica». In questa seconda declinazione, ad essere oggetto della critica dei lavoratori non sono tanto le disuguaglianze che il capitalismo tende continuamente a riprodurre, bensì la natura gerarchica del suo comando che, come sottolineato in precedenza, trova nella disciplina fordista il suo apice. Non basta più, quindi, contenere il tentativo di espansione del capitalismo rivendicato nelle lotte per l'orario lavorativo di 8 ore che avevano caratterizzato all'inizio del secolo⁽³¹⁾. Se al centro dell'ordine capitalista si trova il nesso tra fabbrica e società, si intravede nel conflitto sull'organizzazione del lavoro e nella sua democratizzazione la leva fondamentale attraverso cui trasformare l'intera società.

La reazione del capitalismo a questa spinta, ancora una volta, è quella di adattarsi, trasformando la critica nella base attraverso cui dar vita a un nuovo paradigma che, nella lettura di Boltanski e Chiapello è quella del capitalismo reticolare⁽³²⁾. Con questo termine i sociologi francesi vanno ad indicare un modello di organizzazione del lavoro differente da quello dell'azienda verticale fordista, in grado di concentrare nel medesimo spazio produttivo risorse, competenze e forza lavoro, ma una rete produttiva composta da nodi in grado di svolgere in maniera più o meno autonoma parti del processo produttivo⁽³³⁾. Un modello di organizzazione della produzione che invece delle rigidità della standardizzazione fordista, fa della flessibilità e dell'organizzazione *snella* - ossia un flusso sempre teso in grado di reagire con rapidità agli imprevisti della produzione così come alle trasformazioni di mercato - il suo punto di forza.

L'ascesa del capitalismo reticolare può essere quindi compresa soltanto a partire dalla crisi irreversibile del fordismo, consumatasi in tutto il nordatlantico tra la seconda metà degli anni '70 e la prima degli anni '80⁽³⁴⁾. In questa finestra temporale assistiamo da un lato alla ricerca di contesti meno conflittuali verso i quali diffondere i principi dell'organizzazione "scientifica" del lavoro⁽³⁵⁾, quali soprattutto Asia e America Latina; dall'altro lato, cioè nei luoghi in cui essa è ormai giunta in una sua crisi irreversibile, ad un complesso di tendenze e processi difficili da sintetizzare – come indicato dall'ambiguità del prefisso *post* volto più che altro a sottolineare le discontinuità con il passato che le determinanti del presente – accumulato dal tentativo di smantellare la

⁽²⁹⁾ B. Settis, *L'attualità dello Statuto dei lavoratori cinquant'anni dopo*, Il Mulino, 2020, 891-901.

⁽³⁰⁾ L. Boltanski – E. Chiapello, *op. cit.*

⁽³¹⁾ D. Montgomery, *Workers' control in America: studies in the history of work, technology, and labor struggles*, Cambridge University Press, 1979.

⁽³²⁾ A. Pizzorno - E. Reyneri – M. Regini – I. Regalia, *Lotte operaie e sindacato : il ciclo 1968-1972 in Italia*, Il Mulino, 1978.

⁽³³⁾ V. Doellgast - I. Greer, *Vertical Disintegration and the Disorganization of German Industrial Relations*, *British Journal of industrial relations*, 2007, 45(1), 55-76.

⁽³⁴⁾ B. Trentin, *La città del lavoro*, Feltrinelli, 1997.

⁽³⁵⁾ M. Piore – C. Sabel, *The Second Industrial Divide*, Basic Books, 1984.

figura del lavoro salariato⁽³⁶⁾. In primo luogo, attraverso una crescente centralità assunta dalle componenti immateriali della produzione a discapito di quelli più prettamente materiali⁽³⁷⁾. Più che una de-industrializzazione, infatti, tra le tendenze espresse nell'ambito del *postfordismo* vi è quella di esternalizzare soltanto le parti più *labour intensive* e marginali del processo produttivo, mantenendo nei confini occidentali invece quella parte – solitamente legate alle componenti cognitive della progettazione, design, gestione commerciale, ecc... - che consentono di mantenere il governo della produzione⁽³⁸⁾. Così, come messo in evidenza da Harrison⁽³⁹⁾, quello a cui assistiamo è un processo allo stesso tempo di frammentazione e di centralizzazione, nel quale proprio mentre la produzione va distribuendosi geograficamente, prende forma un centro di potere sempre più influente nei confronti delle logiche organizzative della produzione mondiale.

All'interno delle linee di montaggio vediamo invece diffondersi i principi del *just in time*, una logica organizzativa proveniente dalla giapponese Toyota, radicalmente differente da quelle impiegata nelle fabbriche americane di Ford. Al centro di questo modello la volontà da un lato a ridurre il più possibile sprechi e tempi morti⁽⁴⁰⁾; dall'altro di valorizzare la discrezionalità e la flessibilità dei lavoratori grazie anche a “giochi di produzione”⁽⁴¹⁾ che spingono i lavoratori ad aderire alla disciplina di produzione pur in assenza dei dispositivi tipici del fordismo. Tra i vantaggi competitivi del modello Toyota vi è sia la volontà di ridurre le parti della produzione a basso valore aggiunto – quali magazzino, logistica, produzione di componenti, ecc... - ma - come si può leggere chiaramente negli scritti di Taiichi Ohno⁽⁴²⁾ responsabile della produzione Toyota - anche una nuova cultura aziendale. L'idea di trasformare la fabbrica in una comunità autosufficiente in lotta contro altre comunità aziendali, infatti, consente di far leva su elementi di identificazione e di appartenenza essenziali nel garantire il flusso teso della produzione “snella” che ridisegnano la soggettività produttiva ben oltre il perimetro della semplice “scimmia ammaestrata” fordista. Detto in altri termini, la critica al controllo fordista del lavoro finisce per dar vita a un modello di organizzazione della produzione che, per quanto privo degli elementi tradizionali della disciplina fordista, impiega i margini di discrezionalità offerti ai lavoratori per costruire una nuova

⁽³⁶⁾ L. Boltanski – E. Chiapello, *op. cit.*

⁽³⁷⁾ Y. Moulier-Boutang, *L'età del capitalismo cognitivo. Innovazione, proprietà e cooperazione delle moltitudini*, Ombre Corte, 2002.

⁽³⁸⁾ G. Gereffi – M. Korzeniwicz, *Commodity chains and global capitalism*, Praeger, 1994; S. Chignola e D. Sacchetto (a cura di) *Le reti del valore. Migrazione, produzione e governo della crisi*. Derive Approdi, 2017; L. Greco, *Capitalismo e sviluppo nelle catene globali del valore*. Carocci, 2016.

⁽³⁹⁾ B. Harrison, *Agile e Snella. Come cambia l'impresa nell'era della flessibilità*, Edizioni Lavoro, 1999.

⁽⁴⁰⁾ B. Coriat, *Ripensare l'Organizzazione del Lavoro. Concetti e Prassi nel Modello Giapponese*, Edizioni Dedalo, 1991.

⁽⁴¹⁾ M. Burawoy, *Manufacturing consent: Changes in labor process under monopoly capitalism*. University of Chicago Press, 1979.

⁽⁴²⁾ T. Ohno, *Lo Spirito Toyota*, Einaudi, 1978.

soggettività lavorativa in grado di interiorizzare le logiche di disciplinamento del lavoro rendendole così ancora più pervasive ed efficaci.

Un rovesciamento simile accade per la cosiddetta “flessibilità”, vera e propria parola chiave della transizione postfordista tanto nell’organizzazione aziendale del lavoro, quanto nelle riforme del mercato del lavoro che si susseguono per tutti gli anni ’80 e ’90⁽⁴³⁾. In questo caso, quindi, la critica alla gerarchia fordista finisce con il contaminare gli aspetti sociali e politici più generali, impattando anche sul versante del diritto trasformando tanto le forme di impiego, quanto la protezione sociale a cui esse accedono⁽⁴⁴⁾. I confini organizzativi e quelli del mercato del lavoro si fanno così sempre più porosi, determinando una pressione nei confronti del diritto finalizzata a definire nuovi standard lavorativi adatti alle mutate esigenze produttive. L’esito è dunque quello di un tentativo di rispondere alla domanda di flessibilità che proviene tanto dai lavoratori, quanto dalle imprese, attraverso un *adeguamento* delle tutele lavoristiche. Una strategia che si rivela fallimentare perché funzionale alle spinte elusive e al tentativo di sbarazzarsi del lavoro salariato tradizionale. Sulle ragioni di tale fallimento scrive Salento⁽⁴⁵⁾:

«Osservando da un lato le tendenze innovative dell’organizzazione aziendale e, dall’altro, le rappresentazioni che esse ispirano nelle argomentazioni giuridiche, la fuga dal lavoro subordinato, più che (o quantomeno oltre che) una poco sorprendente fuga delle imprese dalla tutela giuridica dei propri addetti, sembra l’esito di atteggiamenti interpretativi e ricostruttivi degli operatori del diritto del lavoro: ossia un prodotto, in senso lato, culturale del campo giuslavoristico».

Così, le riforme del mercato del lavoro e del Welfare che caratterizzano tutti gli anni ’90 non solo si trovano a mancare l’annunciato obiettivo di coniugare “flessibilità e sicurezza”⁽⁴⁶⁾, ma hanno finito per determinare uno scenario che espone gli individui all’effetto di “incertezze crescenti”⁽⁴⁷⁾. Detto in altri termini, il compromesso tra subordinazione e sicurezza che aveva sorretto l’egemonia fordista viene minato dall’azione capitalista che mentre da un lato riesce a mantenere intatto il piano del governo del lavoro, dall’altro finisce a sollevarsi dall’obbligo di doverne garantire la sicurezza sociale. Inoltre, le tendenze espresse dalla ristrutturazione industriale finiscono per accelerare alla crisi fiscale dello Stato⁽⁴⁸⁾, comportando un’incessante domanda di riduzione della spesa pubblica che compromette la capacità dello Stato di garantire protezione sociale ai lavoratori. Ad accumunare le differenti forme di impiego

⁽⁴³⁾ M. Paci, *Il dualismo del lavoro in Italia. La transizione dalla rigidità alla flessibilità della regolazione*, Il Mulino, 1998, 47(1), 103-111.

⁽⁴⁴⁾ M. Paci, *Nuovi Lavori, Nuovo Welfare*, Il Mulino, 2005.

⁽⁴⁵⁾ A. Salento, *Postfordismo e ideologie giuridiche. Nuove forme d’impresa e crisi del diritto del lavoro*, Franco Angeli, 2003, 171.

⁽⁴⁶⁾ P. Madsen, *The Danish model of 'flexicurity': experiences and lessons*, *Transfer: European Review of Labour and Research*, 2004, 10(2), 187-207.

⁽⁴⁷⁾ R. Castel, *Incertezze crescenti. Lavoro, cittadinanza, individuo*, Editrice Socialmente, 2015.

⁽⁴⁸⁾ J. O’Connor, *The Fiscal Crises of the State*, Transaction publisher, 1979.

disponibili nei mercati del lavoro flessibilizzati, più che un'effettiva autonomia è quindi l'emergere di una generale condizione di precarietà "esistenziale" che si esprime tanto nei luoghi di lavoro, quanto fuori da essi⁽⁴⁹⁾.

Pertanto, a differenza di quanto evocato dalla natura "orizzontale" della rete essa appare tutt'altro che uno spazio "piatto" e privo di gerarchie, ma al contrario come un complesso intreccio di asimmetrie e relazioni di potere che, proprio mentre perdono larga parte della propria visibilità, si fanno più pervasive, efficaci e centralizzate⁽⁵⁰⁾. Come messo in luce dalla lettura critica di questi processi, il concetto di capitalismo reticolare ha avuto il merito di cogliere non solo le trasformazioni dell'organizzazione capitalista del lavoro, ma anche i tratti di una trasformazione sociale più generale in grado di ri-orientare tanto la condizione materiale delle loro vite, quanto le coordinate culturali che guidano scelte, esperienze e azioni⁽⁵¹⁾. È in ultimo questo intreccio tra condizioni materiali e componenti soggettive che prende forma nell'ambito della transizione postfordista a fornire quelle condizioni culturali e materiali necessarie a poter emergere.

4. L'ascesa delle piattaforme. Una rivoluzione tecnologica?

Negli ultimi anni abbiamo assistito a una vera e propria esplosione delle piattaforme digitali. Secondo le stime di Verified Market Research⁽⁵²⁾, il loro valore di mercato per il 2021 è stimato infatti a 15,7\$ trilioni, più del doppio dei 7\$ trilioni fatti registrare per il 2018 e circa quattro volte i 4,3\$ trilioni del 2016⁽⁵³⁾. Cifre che divengono ancora più significative se paragonate ad esempio al valore di mercato dell'indotto automobilistico stimato per il 2021 a 2,8\$ trilioni⁽⁵⁴⁾. Dunque, una vera e propria crescita esponenziale, ulteriormente accelerata dalla pandemia da COVID 19 durante il quale ci siamo affidati alla mediazione delle piattaforme digitali non solo per ordinare dal nostro ristorante preferito, ma anche per comunicare con i nostri cari o per garantire un diritto costituzionale come quello allo studio. Più che la sola dimensione economica e del lavoro strettamente intesa, la pervasività che queste hanno raggiunto mettono sempre

⁽⁴⁹⁾ G. Standing, *Precari. La nuova classe esplosiva*, Il Mulino, 2015; A. Murgia, *Dalla precarietà lavorativa alla precarietà sociale. Biografie in transito tra lavoro e non lavoro*. Odoya, 2010.

⁽⁵⁰⁾ O. de Leonardis, Nuovi conflitti a Flatlandia in G. Grossi, *Conflitti contemporanei*, Utet, 2008.

⁽⁵¹⁾ V. Borghi, *La presa della rete*, *Rassegna italiana di sociologia*, 2011, 445 - 460.

⁽⁵²⁾ Verified Market Research, *Digital Experience Platform Market*, 2022.

⁽⁵³⁾ KPMG 10 dicembre 2018, *Market size of global platform economy surpasses \$7 trillion mark* in <https://www.consultancy.org/news/104/market-size-of-global-platform-economy-surpasses-7-trillion-mark>

⁽⁵⁴⁾ Statista (2021, Aprile), *Global automotive manufacturing industry revenue between 2020 and 2022 in* <https://www.statista.com/statistics/574151/global-automotive-industry-revenue/#:~:text=Revenue%20%2D%20automotive%20manufacturing%20industry%20worldwide%202020%2D2022&text=The%20global%20automotive%20manufacturing%20market,trillion%20U.S.%20dollars%20in%2>

più in evidenza come ci troviamo di fronte non solo a un'economia di piattaforma, ma a una generale "piattaformeizzazione della società"⁽⁵⁵⁾ che sta profondamente ripensando molte delle tradizionali categorie con cui analizziamo l'economia e il lavoro. Come è stata possibile questa rapida ascesa? Quali sono le innovazioni organizzative che ne hanno garantito il successo? Quali sono i fattori sociali, economici e politici che determinano la sua continua espansione? Ma soprattutto, ci troviamo di fronte a un'ulteriore svolta nel rapporto tra fabbrica e società?

Una prima lettura dell'ascesa delle piattaforme digitali, di taglio decisamente ottimista, ha inizialmente enfatizzato le potenzialità organizzative offerte dalle tecnologie digitali. In questa prospettiva, le piattaforme vengono dipinte come le protagoniste di una vera e propria rivoluzione in grado di liberarci della proprietà privata, della gerarchia del lavoro e delle disuguaglianze sociali. Basta guardare ad alcuni dei titoli dei testi che hanno introdotto il concetto di *Sharing Economy*⁽⁵⁶⁾ per comprendere l'immaginario escatologico che l'ha accompagnata sin dai suoi esordi. Si veda ad esempio: «Il consumo collaborativo. Ovvero quel che è mio è anche tuo»⁽⁵⁷⁾; «La ricchezza delle reti. La produzione sociale trasforma il mercato e aumenta le libertà»⁽⁵⁸⁾. Una visione che ha trovato eco anche tra alcuni dei periodici più noti che hanno a più riprese sottolineato il potenziale organizzativo offerto dall'innovazione digitale. Ad esempio, è questo il caso dell'editoriale dell'*Economist* del 9 Marzo 2013, in cui assieme al titolo "*All Eyes on The Sharing Economy*" e all'occhiello "*Su internet tutto si può affittare*" viene proposto uno scenario post-capitalista in cui non solo è possibile vivere in una casa da sogno per un giorno, ma in cui persino il cane è disponibile per 5\$ a passeggiata⁽⁵⁹⁾. La portata rivoluzionaria di questa visione è ben raccolta da Bauwens⁽⁶⁰⁾, secondo cui la *sharing economy* rappresenta un terzo modo di produzione

⁽⁵⁵⁾ J. van Dijck – T. Poell – M. de Waal., *op. cit.*

⁽⁵⁶⁾ Spesso i termini Platform e Sharing economy vengono sovrapposti generando un'importante confusione concettuale. Un tentativo di disegnare confini è quello prodotto da I. Pais – G. Provasi, *Share vs Platform Economy*. *Sociologica*, 2020, 14(3), 217-226, secondo cui mentre la prima può essere intesa come il tentativo di risocializzare l'economia, la seconda sembra puntare a realizzare un'economia di mercato tradizionale. Altri contributi hanno invece sottolineato proprio il ruolo decisivo svolto dalla porosità dei confini tra i due nel generare consenso attorno all'ascesa delle piattaforme. Tra questi si segnala il contributo di T. Scholz, *Platform cooperativism. Challenging the corporate sharing economy*. 2016, Rosa Luxemburg Foundation, secondo il quale la *Sharing Economy* ha funzionato come «cavallo di troia» in grado di consentire alle piattaforme di inserirsi nelle logiche di mercato tradizionali e di sovvertirle. Significativa è poi anche la riflessione di A. Sundarajan, *The Sharing Economy*. MIT Press, 2016, p.26, il quale sottolinea come «l'intreccio tra investimenti di capitale e l'emergere di piattaforme con grandi investimenti privati ha convinto molti che gli ideali associati alla sharing economy che hanno preceduto il 2010 non possono essere più sostenuti»

⁽⁵⁷⁾ R. Botsman – R. Rogers, *Il consumo collaborativo: Ovvero quello che è mio è anche tuo*, Franco Angeli, 2017.

⁽⁵⁸⁾ Y. Benkler, *La ricchezza della rete. La produzione sociale trasforma il mercato e aumenta le libertà*, Università Bocconi Editore, 2007.

⁽⁵⁹⁾ *The Economist* 9 marzo 2013, *All Eyes on The Sharing Economy*.

⁽⁶⁰⁾ M. Bauwens, *The Political Economy of Peer Production*, *Post-Autistic Economics Review*, 2006, (37), 33-34.

(distinto dal binomio pubblico/privato) un terzo modello di governance (non riducibile né alla allocazione di mercato né alla tradizionale *corporation*) e un terzo tipo di proprietà (in grado di rendere accessibili i beni comuni a livello universale).

Tale prospettiva, ha trovato ampio spazio anche nel dibattito giuridico, oltre che in quello sociologico ed economico. Questa visione, infatti, solitamente, porta a pensare che a questi lavoratori debba essere riconosciuto uno status speciale con diritti particolari che li differenziano dagli altri lavoratori, siano essi subordinati, occasionali, autonomi o a chiamata⁽⁶¹⁾. Così, nonostante l'obiettivo dichiarato sia spesso quello di conciliare le esigenze di sviluppo con un contrasto alla precarietà, come accaduto già in passato, ogni svolta impressa alle strategie di flessibilizzazione impiegate dai datori di lavoro a partire dal necessario adeguamento del diritto è, in ultimo, destinata a fallire. I tentativi di porre delle pezze sopra a specifiche forme di precarizzazione, infatti, più che estendere i diritti a coloro che ne appaiono esclusi, corrono il rischio di alienare alcuni gruppi di lavoratori e di comprimere ulteriormente le tutele anche del resto della forza lavoro⁽⁶²⁾. Una riflessione sui fattori che hanno determinato l'ascesa delle piattaforme che rifiuti il *determinismo tecnologico*, ossia l'idea che sia possibile soltanto adeguarsi alle profonde trasformazioni imposte dal digitale, appare quindi essenziale per poter sviluppare un approccio differente. In altre parole, per affrontare la perdita dei diritti dei lavoratori appare necessario guardare non solo alla superficialità tecnica mostrata dalle piattaforme, ma anche ai processi sociali e politici in cui la loro ascesa mondiale si iscrive.

Un primo passo in questa direzione è dirigere lo sguardo verso un'analisi della crisi del paradigma reticolare, nei confronti del quale la piattaforma si presenta come un'alternativa – di tipo culturale e organizzativa - in grado di correggere le tendenze espresse dal capitalismo reticolare. Un punto di svolta fondamentale può essere rintracciato nella crisi del 2008, quando cioè esplode la bolla del debito che aveva trovato nella ritirata dello Stato dalla garanzia di protezione sociale e nel contenimento della spesa pubblica il terreno ideale in cui prosperare⁽⁶³⁾. Da questo punto di vista, la finanziarizzazione può infatti essere vista come un tentativo di rispondere allo scenario di incertezza e al contemporaneo bisogno di far crescere i consumi attraverso una generalizzazione del debito la cui insostenibilità emerge in maniera evidente con il crack finanziario di Lehmann Brothers⁽⁶⁴⁾.

L'ipotesi qui discussa, infatti, è che siano proprio queste trasformazioni a trovarsi alla base tanto della crisi del capitalismo reticolare, quanto dell'emergere delle piattaforme. I processi di *outsourcing*, infatti, hanno giocato un ruolo determinante non solo nell'indebolire la capacità finanziaria del Welfare e nello svuotarne ulteriormente la

⁽⁶¹⁾ M. Taylor – G. Marsh – D. Nicol – P. Broadbent, *The Taylor Review of Modern Working Practices*, Royal Society for the Arts, 2017.

⁽⁶²⁾ U. Huws, *op. cit.*

⁽⁶³⁾ N. Fraser, *Can society be commodities all the way down? Post-Polanyian reflections on capitalist crisis*, *Economy and Society*, 2014, 43(4), 541-558.

⁽⁶⁴⁾ A. Ross, *Creditocracy: and the case for debt refusal*, Or Books, 2014.

sua funzione redistributiva⁽⁶⁵⁾, ma hanno anche esercitato una pressione nei confronti della tutela lavoristica finendo per indebolire il confine tra la dimensione formale e informale del lavoro che era andato consolidandosi nello spazio nordatlantico⁽⁶⁶⁾. Così, complice anche la crisi del sistema creditizio, individui allo stesso tempo indebitati e privati della possibilità di accedere a salari dignitosi o ad un sistema di protezione sociale in caso di disoccupazione, sono stati sottoposti a una crescente spinta verso la ricerca di “lavoretti”⁽⁶⁷⁾. Ciò comporta l’emergere di tendenze che Friedman⁽⁶⁸⁾ sintetizza nell’ascesa della cosiddetta *gig economy*: «Una quota crescente della forza lavoro americana non è più assunta in azienda con "impieghi" a lungo termine, una carriera e un interesse reciproco tra l’azienda e il lavoratore. Sono invece assunti con accordi "flessibili", come "appaltatori indipendenti" o "consulenti" che lavorano solo per portare a termine un determinato compito o per un tempo definito. Il legame tra il lavoratore e l’azienda non è ormai più di quanto possa esserci tra un consumatore e una particolare marca di sapone o di patatine».

Non è quindi una coincidenza se molte tra le più note piattaforme operano in settori, come il food delivery, gli affitti di breve durata, il trasporto urbano e il lavoro domestico, solitamente legati alla sfera informale dell’economia e che storicamente rappresentano un “rifugio” particolarmente in momenti di recessione⁽⁶⁹⁾. È proprio nel tentativo di superare i blocchi incontrati dal capitalismo reticolare che le piattaforme si trovano a impiegare le tecnologie digitali per assorbire all’interno dei circuiti finanziari globali attività storicamente poste ai suoi margini. Così, da un lato la capacità delle piattaforme di organizzare tali attività su larga scala, dall’altro il contesto sociale ereditato dal decennio di austerità in grado di fornire una significativa massa potenziale di forza lavoro, finiscono a convincere fondi di investimento internazionali quali Goldman Sachs, JP Morgan o Deutsche Bank a guardare con crescente interesse al mondo delle piattaforme digitali⁽⁷⁰⁾. Una presenza così significativa che ha finito con il conferire una torsione irreversibile ai presupposti della *sharing economy*. Come osserva in ultimo Sundarajan⁽⁷¹⁾ «l’intreccio tra investimenti di capitale e l’emergere di piattaforme con grandi investimenti privati ha convinto molti che gli ideali associati alla *sharing economy*

⁽⁶⁵⁾ N. Srnicek, *Capitalismo Digitale. Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web*, LUISS University Press, 2017.

⁽⁶⁶⁾ J. Breman – M. van der Linden, *op. cit.*

⁽⁶⁷⁾ R. Stagliano, *Lavoretti. Così la sharing economy ci rende tutti più poveri*, Einaudi, 2018.

⁽⁶⁸⁾ G. Friedman, *Workers without employers: shadow corporations and the rise of the gig economy*, *Review of Keynesian Economics*, 2014, 2(2), 171-188, 171.

⁽⁶⁹⁾ A. Portes – M. Castells, *World Underneath: The Origins, Dynamics and Effects of the Informal Economy* in A. Portes, *The Informal Economy: Studies in advanced and less developed countries*, John Hopkins University Press, 1989, 11-37; A. Portes – W. Haller, *The Informal Economy* in N. J. Smelser, & R. Swedberg, *The handbook of economic sociology*. Princeton: Princeton University Press, 2010; V. Borghi – T. Kieselbach, *The submerged economy as a trap and a buffer: Comparative evidence on long-term youth unemployment and the risk of social exclusion in southern and northern Europe* in T. Kieselbach, & S. Mannila, *Unemployment, precarious work and health*, Verlag, 2012, 193-204.

⁽⁷⁰⁾ M. Marrone, *op. cit.*

⁽⁷¹⁾ A. Sundarajan, *The Sharing Economy*, MIT Press, 2016, 26.

che hanno preceduto il 2010 non possono essere più sostenuti». Più che l'invenzione di una "nuova economia" popolata da *start-up*, dunque, è così che: «il boom tecnologico guidato dalle aziende 2.0 degli anni 2010, che ha seguito la scia della grande contrazione del 2008-2009, ha permesso a una classe media sempre più impoverita di impegnarsi nell'imprenditoria in modi accidentali e improvvisati che assomigliano alle strategie di sopravvivenza dei poveri urbani nel Sud»⁽⁷²⁾.

5. Le lotte dei *rider* e la contesa organizzativa

A mettere in luce lo sfruttamento nascosto dalle retoriche del digitale e della *sharing economy* sono state però le mobilitazioni dei lavoratori di piattaforma che sono andate succedendosi in tutto il globo⁽⁷³⁾. Ciò che driver e rider, in particolare, hanno mostrato sono i contorni di un regime lavorativo occulto che, attraverso la mediazione delle tecnologie digitali, non solo si trova a sfuggire alle tradizionali tutele lavoristiche, ma si caratterizza per un ulteriore allargamento dei margini di sfruttamento. In quest'ottica, i rider sono diventati non solo il simbolo della ribellione nei confronti della precarietà, ma emergono come figura paradigmatica delle tendenze trasformative imposte dalle tecnologie digitali su tutta la sfera economica. Tuttavia, nonostante l'attenzione mediatica che essi hanno attratto, se guardiamo alle rivendicazioni portate avanti tanto dai sindacati informali, quanto dai sindacati confederali, possiamo notare come al centro della contesa in questo settore vi sia proprio la stessa definizione di piattaforma. Nonostante l'uso comune di questo termine, infatti, come osserva Gillespie⁷⁴ il suo significato sembra essere: «abbastanza specifico per riuscire a significare qualcosa, ma altrettanto vago per riuscire a consentire molteplici impieghi per un pubblico sempre più variegato». Così, se da un lato c'è chi vede le piattaforme come una nuova tipologia di mercato, liberamente e facilmente accessibile grazie alle potenzialità organizzative offerte dalle tecnologie digitali ⁽⁷⁵⁾, dall'altro c'è chi mette in evidenza la natura ibrida delle piattaforme in grado di sovrapporre alle caratteristiche orizzontali del libero mercato il tradizionale modello d'impresa basato sulle gerarchie di produzione e controllo del lavoro⁽⁷⁶⁾.

Ad un primo sguardo, infatti, le piattaforme sembrano accelerare tendenze da tempo presenti nell'ambito dell'organizzazione industriale del lavoro. Ciò riguarda non solo quella di eludere i vincoli posti all'iniziativa economica dalla legislazione e dalla

⁽⁷²⁾ U. Rossi – J. Wang, *Urban entrepreneurialism 2.0 or the becoming south of the urban world. Environment and Planning A: Economy and Space*, 2020, 0(0), 1-7, p. 2.

⁽⁷³⁾ Heiland, *op. cit.*; Woodcock, *op. cit.*

⁽⁷⁴⁾ T. Gillespie, *The politic of platforms, New media & society*, 2010, 12(3), 347-364, spec. 350.

⁽⁷⁵⁾ D.S. Evans – R. Schmalensee, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, NBER Working Paper 2013, No. 18783.; P.C. Evans – A. Gawer, *The rise of the platform enterprise: a global survey*, Centre for Global Enterprise, 2016.

⁽⁷⁶⁾ A. Sundarajan, *op. cit.*

contrattazione, ma anche di frammentare il processo produttivo⁽⁷⁷⁾. Nel caso del servizio di consegna, ad esempio, questo viene suddiviso in una serie di operazioni - che vanno dall'arrivo al ristorante, al ritiro del prodotto, fino alla consegna presso il cliente - il cui compimento deve essere puntualmente segnalato da parte del rider sull'app. Se consideriamo poi anche la geolocalizzazione dello smartphone che traccia i movimenti del rider, una tale organizzazione del lavoro mostra come le piattaforme siano state capaci di importare nel food delivery pratiche di controllo del lavoro che fino a poco tempo fa erano assenti⁽⁷⁸⁾. La funzionalità di tale frammentazione, però, non riguarda (sol)tanto l'efficienza del servizio di consegna, ma, in combinazione con la paga a cottimo, finisce anche con l'escludere il lavoratore dalla retribuzione nei momenti "vuoti", come ad esempio l'attesa dell'ordine al ristorante⁽⁷⁹⁾.

Tale modello organizzativo, però, non consente soltanto un maggiore controllo del lavoro, ma sottopone il rider a una continua estrazione di dati. Sono questi, infatti, che, come afferma Srnicek⁽⁸⁰⁾, rappresenta il vero petrolio in grado di alimentare il capitalismo digitale, a il prodotto forse più prezioso del lavoro dei rider. In maniera simile a quanto già osservato anche nei lavori di Alquati⁽⁸¹⁾, i lavoratori non sono soltanto produttori di oggetti o servizi, ma anche - e soprattutto nel caso dei rider e degli altri lavoratori digitali - di informazioni che le piattaforme estraggono, elaborano e impiegano a proprio vantaggio⁽⁸²⁾. Uno dei modi in cui questo avviene è attraverso la costruzione di meccanismi di ranking tra i lavoratori che, come ormai noto, rappresentano il cuore della disciplina del lavoro nelle piattaforme digitali. Per comprendere le sue implicazioni nella prestazione dei rider, però, è importante premettere come i lavoratori di piattaforma siano costretti ad un'asimmetria informativa che non consente loro di conoscere informazioni fondamentali quali ad esempio le logiche organizzative dell'algoritmo, gli indicatori presi in considerazione nel ranking o anche il numero esatto della forza lavoro operante nell'ecosistema della piattaforma⁽⁸³⁾. Tuttavia, l'esperienza consente di ridurre questa asimmetria informativa, consentendo ai rider più continuativi di intuire come alcuni dei fattori che maggiormente impattano sul proprio ranking - e quindi sulla possibilità di massimizzare i propri introiti - siano proprio quelli legati alla dimensione spazio-temporale della prestazione lavorativa. Con questo si intende la velocità dei tempi di consegna, ma anche la sua affidabilità,

⁽⁷⁷⁾ G. Gereffi - M. Korzeniwicz, *op. cit.*

⁽⁷⁸⁾ U. Huws, *Labour in Contemporary Capitalism. What's next?*, Palgrave MacMillano, 2019.

⁽⁷⁹⁾ V. Pulignano - A. Piasna, A. - M. Domecka - K. Muszyński - L. Vermeerbergen, *Does It Pay To Work? Unpaid Labour in the Platform Economy, ETUI Policy Brief: SSRN Electronic Journal*, 2022.; D. Leonardi - A. Murgia - E. Armano, *Piattaforme digitali e forme di resistenza della soggettività precaria. Un'inchiesta sul lavoro gratuito e la mobilitazione dei riders di Foodora a Torino* in E. Armano, *Pratiche di inchiesta e conricerca oggi*, Ombre Corte, 2020, 29-46.

⁽⁸⁰⁾ N. Srnicek, *op. cit.*

⁽⁸¹⁾ R. Alquati, *Sulla Fiat e altri scritti*, Feltrinelli, 1975.

⁽⁸²⁾ Casilli, *op. cit.*

⁽⁸³⁾ A. Rosenblat - L. Stark, *Algorithmic labor and information asymmetries: A case study of Uber's drivers*, *International Journal of Communication*, 2016, 10, 3758-3784.

rappresentata sia dal tasso di accettazione degli ordini, la disponibilità a lavorare nei weekend, ossia nel momento in cui la domanda di servizio cresce, o quella ad operare consegne su lunga distanza⁽⁸⁴⁾.

Tale configurazione organizzativa produce due tipologie di effetti nei confronti del processo lavorativo dei rider. Il primo, riguarda una pressione diretta verso l'intensificazione del servizio di consegna. Anche se spesso i rider riportano come un rallentamento determina una sollecitazione diretta da parte dell'*app*, essa è però principalmente il risultato della pressione compiuta dalle logiche di ranking. Accelerare i tempi consegna e offrire disponibilità spazio-temporali sempre più ampie - talvolta fino a giungere a circa 60 ore settimanali - vuol dire aspirare a un migliore posizionamento nel ranking aziendale e, a causa del cottimo, alla possibilità di accedere livelli retributivi maggiori. In altre parole, la dimensione gerarchica della piattaforma non solo sembra infrangere qualsiasi promessa di flessibilità e autonomia, ma definisce un regime lavorativo occulto, composto da dinamiche spesso informali e non codificate, che determina una costante spinta all'intensificazione della prestazione che va a tutto discapito dei lavoratori che si trovano così esposti a livelli di rischio sempre più alti.

Se ciò accade nell'ambito della prestazione lavorativa, qualcosa di simile è invece rintracciabile nell'ambito delle modalità con cui le piattaforme organizzano i turni di lavoro. Il ranking, infatti, è decisivo anche nel distribuire una priorità nella scelta dei turni a coloro che si trovano nella parte alta della gerarchia aziendale. A coloro che si trovano nella parte bassa non resta che accontentarsi dei turni rimasti, solitamente proprio i meno redditizi, o sperare di intercettare qualche turno messo a disposizione dalla rinuncia di qualche rider con il ranking più elevato. Ciò costringe i rider a programmare la propria vita tenendo conto delle esigenze produttive della piattaforma, portandoli spesso a dover rinunciare al tempo libero nei weekend per migliorare il proprio ranking, o a reagire nel più breve possibile alle notifiche dell'*app* nella speranza di riuscire a prenotarsi qualche turno messo a disposizione. Una strada alternativa può essere quella di *loggarsi* e operare in contesti maggiormente periferici, o addirittura in altre città, dove non solo si trovano a disposizione un numero maggiore di turni, ma anche una maggiore possibilità di ricevere l'assegnazione degli ordini. In questo modo la piattaforma non solo riesce a garantirsi una piena adesione dei lavoratori agli standard di consegna, ma anche ad assicurarsi una distribuzione geografica della forza lavoro che allarga continuamente i margini del servizio. Come emerso nelle proteste dei rider di Deliverance Milano nel Giugno del 2020 contro la scelta di Trenord di imporre un pagamento per il trasporto della bicicletta⁽⁸⁵⁾, le piattaforme finiscono con l'assorbire all'interno dello spazio urbano non solo la forza lavoro che abita nella città, ma anche coloro che solitamente abitano fuori dal perimetro urbano, rendendo così i confini delle città sempre più porosi.

⁽⁸⁴⁾ M. Marrone, *op. cit.*

⁽⁸⁵⁾ G. Visetti, Riders on the storm: sotto il cielo nero di Milano pedala la protesta, *La Repubblica* 20 giugno 2020.

La centralità del modo in cui le piattaforme ridisegnano le coordinate spazio/temporali della produzione si rende però ancora più visibile proprio nei casi delle proteste dei rider. Il modello organizzativo imposto dalle piattaforme nel food delivery non appare soltanto funzionale all'efficienza del servizio, ma anche al contenimento della conflittualità dei lavoratori. Ad esempio, è questo il ruolo delle pratiche di *reclutamento selvaggio* delle piattaforme, ossia della capacità che hanno di mobilitare una forza lavoro potenziale che eccede il numero di coloro che in quel momento si trovano a prestare servizio. Tale sovrappopolazione lavorativa consente ad esempio a Deliveroo di impiegare Frank, un algoritmo che non solo è in grado di stimare la forza lavorativa necessaria a garantire il servizio in una determinata zona, ma in caso di carenza di forza lavoro invia un messaggio anche al resto della flotta offrendo dei bonus a consegna per convincerli a *loggarsi* nel più breve tempo possibile. Tuttavia, come messo in luce anche dalla sentenza di Bologna contro la discriminazione dell'algoritmo, ciò accade anche durante le fasi di sciopero dei rider, divenendo una delle modalità attraverso cui Deliveroo tenta di contrastare la loro mobilitazione⁽⁸⁶⁾.

Un altro caso in cui la piattaformaizzazione dello spazio/tempo diviene uno strumento attraverso cui contenere la conflittualità dei rider è quello sperimentato dai rider di Bologna nel 2018, ossia quando *Riders Union Bologna*, un sindacato informale nato in città qualche mese prima, costringe le maggiori piattaforme a sospendere il servizio in seguito alla giornata di sciopero decisa per il 23 Febbraio di quell'anno. A seguito di tale iniziativa, infatti, le piattaforme decidono di optare per una risposta ben più dura di quella registrata in passato. Come accertato anche dalla sentenza di Bologna, Deliveroo, proprio nei giorni successivi allo sciopero decide di procedere ad un nuovo giro di *reclutamento selvaggio*, attivando gli account di oltre 100 nuovi riders, ossia circa il doppio dei rider attivi fino a quel momento. Non solo, la piattaforma decide anche di attivare la divisione della *flotta* in gruppi, cosa che prima di quel momento non era mai avvenuta, organizzati sulla base del ranking dei rider. Così, il sistema di assegnazione dei turni viene riformato con tre gruppi i cui livelli più alti sono accessibili solo per i rider in possesso di un determinato *ranking*. Se consideriamo che molti dei rider che hanno partecipato allo sciopero si sono ritrovati a far parte del terzo gruppo, è evidente come questa riorganizzazione, che Deliveroo ha motivato sulla base di esigenze meramente produttive, ha nei fatti minato il margine di azione che *Riders Union Bologna* era riuscito a costruire fino a quel momento.

Con il procedere del processo di sindacalizzazione e, nonostante i molti limiti, a seguito delle iniziative legislative e contrattuali, la situazione appare oggi mutata nella sua dimensione formale, ma non per questo nella sua sostanza. In particolare, la scelta di Takeaway.com sembra aver segnato uno spartiacque nel modello organizzativo delle

⁽⁸⁶⁾ S. Borelli – M. Ranieri, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank*, LLI, 2021, 1-18.

piattaforme⁽⁸⁷⁾, oggi seguito anche dall'italiana MyMenu/Sgnam⁽⁸⁸⁾. Questo, però, non è l'unico cambiamento avvenuto in tempi recenti. Nella prospettiva di questo contributo è interessante notare come, proprio nel bel mezzo della pandemia, Deliveroo abbia scelto di rimuovere il sistema dei turni che aveva stabilito nel 2018 non solo in Italia, ma anche in altri paesi europei, quali ad esempio Spagna e Francia⁽⁸⁹⁾. Al suo posto viene inserito un nuovo sistema organizzativo chiamato *free login*, ossia nel quale i rider possono decidere di loggarsi e prestare servizio in qualsiasi momento. Una scelta che pure ha attirato le proteste di quella parte di lavoratori diffidenti nei confronti della subordinazione, che hanno visto in questa scelta il rischio di perdere le prerogative acquisite con gli alti livelli di ranking raggiunti fino a quel momento⁽⁹⁰⁾. In effetti, a un primo sguardo tale modello organizzativo sembra minare tanto l'effetto del ranking, quanto la stessa capacità della piattaforma di determinare l'organizzazione temporale della prestazione. La scelta temporale in cui ciò avviene, ossia a seguito di molti degli interventi legislativi che si sono susseguiti in Europa, porta però a pensare come le ragioni di questa scelta siano piuttosto legate al tentativo di evitare l'accusa di eterodirezione che pure è stata accertata già da diverse sentenze internazionali. Non sembra essere una coincidenza anche il fatto che ciò avvenga proprio durante la crisi pandemica: abbiamo visto come è proprio nei momenti di crisi che le piattaforme riescono ad espandere i propri margini. In particolare durante i giorni drammatici del lockdown, le piattaforme hanno registrato da un lato un incremento della forza lavoro potenziale, dall'altro, grazie allo status di servizio essenziale che il food delivery è riuscito ad ottenere, una crescita della domanda di mercato. La combinazione di questi due fattori – normative più stringenti e crescita di domanda e offerta di lavoro – ha dunque fatto sì che il sistema dei turni impiegato da Deliveroo sia divenuto non soltanto superfluo dal punto di vista del controllo della forza lavoro, ma addirittura un fattore di debolezza che espone le piattaforme al rischio di sanzioni. In ogni caso, resta un cambiamento che smentisce ancora una volta l'idea che si tratti di un servizio che può essere organizzato soltanto a partire dalle potenzialità offerte dalle tecnologie digitali.

Trasformazioni significative nel contesto della pandemia sono rintracciabili anche tra i drivers di Uber, non a caso un'altra delle piattaforme dove la mobilitazione sindacale è stata tra le più significative. Anche in questo caso, il susseguirsi di sentenze e mobilitazioni ha spesso portato governi nazionali ad approvare leggi maggiormente stringenti con l'obiettivo di riuscire a garantire una tutela a questi lavoratori. Uno di questi casi è il Portogallo, dove la *Lei da Uber* approvata nel 2018 rappresenta il primo

⁽⁸⁷⁾ N. Quondamatteo, *Eppur si muove. Il difficile cammino della contrattazione collettiva nel settore del food delivery*, LLI, 2021, 7(1), 92-133.

⁽⁸⁸⁾ C. Casadei, *Mymenu fa il contratto della logistica ai suoi rider con tfr, ferie, 14 mensilità*, *Il Sole 24 Ore* 10 maggio 2020.

⁽⁸⁹⁾ F. Chicchi – M. Frapporti - M. Marrone - M. Pirone, *Platform, Sharing or Gig? Ambiguities and Ambivalences of the Digitalization of the Economy*, *Soft Power*, 2020, 7(1), 243-253.

⁽⁹⁰⁾ La Voce Delle Lotte, *CCNL dei rider: le aziende mentono, scoppia di nuovo la protesta!* Tratto da *La Voce delle Lotte*, 18 novembre 2020.

tentativo di regolazione europeo del noleggio a chiamata. Come osservano Leonardi e Pirina⁽⁹¹⁾, nonostante gli sforzi di questa legislazione, i risultati appaiono piuttosto deludenti, data l'incapacità sia di arrestare la moltiplicazione del lavoro autonomo, sia di incrementare i livelli redistributivi nei confronti degli stessi driver. Tuttavia, ciò ha portato alla formazione di una particolare varietà di capitalismo di piattaforma basato sulla presenza di società intermediarie che, operando attraverso la stessa app, si trovano comunque a sottostare alla disciplina imposta da Uber. Non siamo distanti da quanto accaduto anche di recente in Italia, dove la stessa piattaforma, nonostante le restrizioni apposte dalla normativa italiana sul noleggio con conducente, è riuscita a penetrare dapprima attraverso un accordo con alcune compagnie private, come nel caso di Bologna⁽⁹²⁾, successivamente con le stesse cooperative di taxisti che nei prossimi mesi opereranno attraverso l'ecosistema digitale di Uber⁽⁹³⁾. Vedremo le conseguenze di queste trasformazioni nel prossimo futuro, ciò che però è evidente da questi esempi è sia il particolare dinamismo che continua a caratterizzare le piattaforme digitali, sia una loro capacità di adattamento senza precedenti rispetto al passato.

6. Conclusioni

Nel ripercorrere le evoluzioni dei modelli organizzativi industriali, gli appunti di questo contributo hanno provato a mettere in luce come essa non sia un elemento determinato esclusivamente dalle componenti tecniche e tecnologiche chiaramente visibili sulla sua superficie. Piuttosto, queste non appaiono pensabili fuori né dalla complessità sociale che ne determina gli esiti, né dalla dimensione politica che determina le finalità per la quale esse vengono impiegate. A differenza della relatività spazio/temporale messa in luce dalle teorie di Einstein i cui fattori determinati sono di natura fisica, la relatività organizzativa è anzitutto l'esito di una contesa sociale che ha per oggetto la capacità di determinare tanto le logiche della produzione, quanto quelle della riproduzione sociale.

La linea di montaggio fordista, infatti, non è stata in grado di affermarsi soltanto in virtù della sua superiorità tecnica, ma anche grazie alla capacità di proporre una trasformazione sociale più profonda che caratterizzerà tanto la produzione industriale, quanto l'organizzazione sociale nel suo insieme. La centralità assunta dal salariato in questo scenario, infatti, aderisce da un lato a un modello di organizzazione spazio/temporale della produzione nel quale l'operaio massa viene ridotto a una

⁽⁹¹⁾ E. Leonardi – G. Pirina, *Uber in the Portuguese gig economy: a laboratory for platform capitalism, Work Organisation, Labour and Globalisation*, 2020, 46-63.

⁽⁹²⁾ P. Rosato, *Uber a Bologna, accordo con Cosepuri. Il servizio inizia oggi "Si fa tutto con l'app"*, *Il Resto del Carlino* 13 ottobre 2020.

⁽⁹³⁾ R. Ricciardi, *Uber-taxi, scoppia la pace: le auto bianche dentro l'app in cambio di un commissione*, *La Repubblica* 24 maggio 2022.

semplice appendice biologica delle macchine, dall'altro a un più ampio modello di organizzazione sociale che va definendosi attorno alla centralità della sua figura. Paradossalmente, è proprio questo fattore ad aver portato il fordismo verso una sua crisi irreversibile. Come messo in luce dalle mobilitazioni operaie tra la fine dei '60 e dei '70, a perdere di consenso è proprio il modo in cui il fordismo disciplina il lavoro all'interno di rigide coordinate spazio/temporali.

È, dunque, nel tentativo di superare questa critica che il capitalismo si trova a rivoluzionare i suoi principi organizzativi, facendo della flessibilità e di una produzione sempre più diffusa a livello globale, i cardini su prende forma un nuovo regime di produzione. È questo il caso della cosiddetta produzione snella, di matrice giapponese, che vede nella pesantezza della struttura fordista un costo di cui liberarsi in virtù di logiche produttive *just in time*, in grado cioè di ridurre i tempi i morti - grazie anche a una maggiore autonomia dei lavoratori - e di concentrarsi sulle parti più redditizie del processo produttivo. Così, se da un lato assistiamo allo smantellamento dei magazzini, dall'altro, le aziende si trovano a governare una rete di fornitori solitamente locata in quei contesti dove la normativa - particolarmente quella legata al lavoro - appare meno stringente. La rete, dunque, si configura come metafora di una produzione sempre più organizzata in "nodi" interconnessi tra loro e dotati di livelli più o meno limitati di autonomia stabiliti da quelle imprese che si impongono come leader a livello globale. Una rivoluzione organizzativa che si trova però a determinare conseguenze anche nella società, ridisegnando i sistemi di protezione sociale e ridefinendo le regole di un mercato del lavoro sempre più flessibilizzato, ma anche attraverso la costruzione di una nuova soggettività produttiva in grado di interiorizzare le logiche di disciplinamento del lavoro e di attuarle in autonomia. Non a caso, l'immaginario della rete è stato in grado di affermarsi non solo per la sua capacità di descrivere le logiche della produzione postfordista, ma anche per la promessa di orizzontalità volta a neutralizzare ogni conflittualità.

Le contraddizioni di questo assetto produttivo si trovano ad emergere proprio con l'ascesa del capitalismo di piattaforma e, in particolare, nel rapporto che questo intrattiene con la morfologia sociale disegnata dalla rete. Più che il solo esito dell'innovazione digitale, infatti, esse appaiono come la risposta del capitalismo alla crisi dell'assetto reticolare, manifestatasi con il crack finanziario del 2007/2008.

Non è una coincidenza se molte delle piattaforme operano in settori tradizionalmente legati all'economia informale, né che la loro ascesa avvenga in un momento storico caratterizzato da politiche di austerità e da una generale assottigliamento della protezione sociale. In quest'ottica le piattaforme hanno impiegato le tecnologie per assorbire ambiti una volta posti al margine dell'economia, mettendo a valore una domanda di lavoro che ha consentito di estendere su ambiti che una volta ne erano esclusi le logiche di governo del lavoro tipiche dell'industria. Un processo che ha determinato così un crescente interesse dei fondi finanziari nei confronti di ambiti una volta considerati marginali. Decisivo, in questo senso, è quindi il modello organizzativo

che le piattaforme digitali offrono. In primo luogo, esso appare in grado di accelerare tanto la *fuga dalla subordinazione* messa in evidenza già nella transizione postfordista, quanto la spinta a interiorizzare logiche di disciplinamento che si fanno sempre più pervasive ed efficaci. In secondo luogo, nella loro capacità di operare a livello globale, adattandosi ad ambiti molto diversi tra loro, ma anche esercitando una pressione che trasforma i contesti in cui operano in modi funzionali alle loro esigenze produttive.

La piattaformizzazione delle coordinate spazio/temporali della produzione va quindi letta non soltanto nella sua dimensione tecnica, ossia come mero esito delle potenzialità offerte dal digitale in ambito organizzativo, ma nella sua dimensione “politica”. Solo in questo modo è possibile svelare l'apparente contraddizione tra un livello di controllo del lavoro senza precedenti e la natura opaca e sfuggente che ha assunto nei confronti del diritto che caratterizza il lavoro di piattaforma. Non solo: questo posizionamento ci consente anche di comprendere il particolare dinamismo e le molteplici trasformazioni che ancora caratterizzano settori come il food delivery o il trasporto con conducente, ossia dove più si è messa in evidenza la spinta sindacale di questi lavoratori. Anche in questo caso, le trasformazioni organizzative mostrate a livello continentale da Takeaway.com e Deliveroo, al pari di quelle viste per Uber in Portogallo e in Italia mettono in evidenza come le dimensioni spazio/temporali della produzione siano l'esito di processi articolati che incidono in maniera determinante sulla composizione organizzativa che si va a determinare. In altre parole, le trasformazioni più recenti mettono in evidenza come sia possibile rovesciare la tendenza, sedimentatasi negli ultimi decenni, ad adeguare il diritto alle esigenze della produzione. Appare oggi sempre più possibile puntare al suo opposto, cioè ad impiegare il diritto per adeguare i modelli organizzativi alle esigenze sia dei lavoratori, sia dei contesti sociali in cui operano le piattaforme. È per questo motivo che, per quanto esse ci possano apparire sempre più rafforzate dal contesto pandemico, continua a non essere le uniche padrone del loro destino.

Bibliografia

- Alquati R., *Sulla Fiat e altri scritti*, Feltrinelli, 1975.
- Bauwens M., *The Political Economy of Peer Production in Post-Autistic Economics Review*, 2006, 37, 33-34.
- Benkler Y., . *La ricchezza della rete. La produzione sociale trasforma il mercato e aumenta le libertà*, Milano, Università Bocconi Editore, 2007
- Bernstein M., *Turbulent Years: A History of the American Worker 1933–1941*. Boston, MA.; Houghton Mifflin, 1969.
- Boltanski L.- Chiapello E., *Il Nuovo Spirito del Capitalismo*. Milano, Mimesis, 2014.
- Borelli S.- Ranieri M., *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank in Labour and Law Issue*, 2021, 1-18.
- Borghi V.- Kieselbach T., *The submerged economy as a trap and a buffer: Comparative evidence on long-term youth unemployment and the risk of social exclusion in southern and northern Europe* in T. Kieselbach, & S. Mannila, *Unemployment, precarious work and health* (p. 193-204). Germany, Verlag, 2012.
- Borghi V., *La presa della rete in Rassegna italiana di sociologia*, 2011, 445 - 460.
- Botsman R - Rogers R., *Il consumo collaborativo: Ovvero quello che è mio è anche tuo*. Milano, Franco Angeli, 2017.
- Braverman H., *Labor and monopoly capital. The degradation of work in the twentieth century*. New York, NYU Press, 1979.
- Breman, J. - van der Linden M., *Informalizing the Economy: The Return of the Socialist Question at a Global Level in Development and Change*, 2014, 0(00), 1-21.
- Burawoy M., *Manufacturing consent: Changes in labor process under monopoly capitalism*, Chicago, University of Chicago Press, 1979.
- Casadei C., Mymenu fa il contratto della logistica ai suoi rider con tfr, ferie, 14 mensilità in *Il Sole 24 Ore* 10 maggio 2022.
- Casilli A., *Schiavi del clic. Perché lavoriamo tutti per il nuovo capitalismo?* Milano, Feltrinelli, 2020.
- Castel R., *La metamorfosi della questione sociale. Una cronaca del salariato*. Torino, Sellino, 2007.
- Castel R., *Incertezze crescenti. Lavoro, cittadinanza, individuo*. Bologna, Editrice Socialmente, 2015.
- Chicchi F., *Beyond the 'salary institution': on the 'society of performance' and the platformisation of the employment relationship in Work Organisation Labour & Globalisation*, 2020, 14(1), 15-31.
- Chicchi F. - Frapporti M. - Marrone M. - Pirone M., *Platform, Sharing or Gig? Ambiguities and Ambivalences of the Digitalization of the Economy in Soft Power*, 2020, 7(1), 243-253.
- Chignola, S. e Sacchetto, D. (a cura di) *Le reti del valore. Migrazione, produzione e governo della crisi*. Derive Approdi, 2017
- Coriat B., *La Fabbrica e il cronometro: saggio sulla produzione di massa*, Milano, Feltrinelli, 1979.
- Coriat B., *Ripensare l'Organizzazione del Lavoro. Concetti e Prassi nel Modello Giapponese*, Bari, Edizioni Dedalo, 1991.
- Davis, G., & Shibusal, S. D. *Taming platform capitalism to meet human needs* in S. Rangan, *Capitalism Beyond Mutuality? Perspectives Integrating Philosophy and Social Science*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 207-226.
- de Leonardis O., *Nuovi conflitti a Flatlandia* in G. Grossi, *Conflitti contemporanei*, Torino, Utet, 2008.
- Doellgast V. - Greer I., *Vertical Disintegration and the Disorganization of German Industrial Relations in British Journal of industrial relations*, 2007, 45(1), 55-76.
- Evans D. S. - Schmalensee R., *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses* in *NBER Working Paper 2013, No. 18783*.
- Evans, P. C. - Gawer A., *The rise of the platform enterprise: a global survey*, Surrey, Centre for Global Enterprise, 2016.
- Fraser N., *Can society be commodities all the way down? Post-Polanyian reflections on capitalist crisis in Economy and Society*, 2014, 43(4), 541-558.
- Friedman G., *Workers without employers: shadow corporations and the rise of the gig economy in Review of Keynesian Economics*, 2014, 2(2), 171-188.
- Gambino, F., *A Critique of the Fordism of the Regulation School* in *The Commoner*, 2007, 12, 39-62.
- Gereffi G. - Korzeniwicz M., *Commodity chains and global capitalism*, London, Praeger, 1994.
- Greco, L. *Capitalismo e sviluppo nelle catene globali del valore*. Roma, Carocci, 2016.

- Gillespie T., *The politic of platforms in New media & society*, 2010, 12(3), 347-364.
- Harrison B., *Agile e Snella. Come cambia l'impresa nell'era della flessibilità*, Edizioni Lavoro, 1999.
- Heiland H., *Workers' Voice in Platform Labour*, Düsseldorf, Hans-Böckler-Stiftung, 2020.
- Huws U., *Labour in Contemporary Capitalism. What's next?*, Basinkstoke, Palgrave MacMillano, 2019.
- Huws U., *Reinventing the Welfare State: Digital Platforms and Public Policies*, Pluto Press, 2020.
- Leonardi D. - Murgia, A. - Armano E., *Piattaforme digitali e forme di resistenza della soggettività precaria. Un'inchiesta sul lavoro gratuito e la mobilitazione dei riders di Foodora a Torino* in E. Armano, *Pratiche di inchiesta e conricerca oggi*, Verona, Ombre Corte, 2020, 29-46.
- Leonardi E. - Pirina G., *Uber in the Portuguese gig economy: a laboratory for platform capitalism* in *Work Organisation, Labour and Globalisation*, 2020, 46-63.
- Lorentz H. A. - Einstein A. - Minkowski H. - Weyl H., *The Principle of Relativity. A collection of original memories on the special and general theory of relativity*, New York, Dover, 1952.
- Madsen P., *The Danish model of 'flexicurity': experiences and lessons* in *Transfer: European Review of Labour and Research*, 2004, 10(2), 187-207.
- Marrone M., *Rights Against the Machines. Il lavoro digitale e le lotte dei rider*. Milano, Mimesis, 2021.
- Marx K., *Il Capitale. Libro I*, Roma, Editori Riuniti, 1970.
- Mezzadra S., *Introduzione*. In T. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*. Bari, Edizioni Laterza, 2002.
- Montgomery D., *Workers' control in America: studies in the history of work, technology, and labor struggles*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- Moulier-Boutang Y., *L'età del capitalismo cognitivo. Innovazione, proprietà e cooperazione delle moltitudini*. Verona, Ombre Corte, 2002.
- Murgia, A. *Dalla precarietà lavorativa alla precarietà sociale. Biografie in transito tra lavoro e non lavoro*. Bologna, Odoia, 2010
- Neilson B. - Rossiter N., *Precarity as a political concept, or, Fordism as exception* in *Theory, Culture & Society*, 2008, 25(7-8), 51-72.
- O'Connor, J., *The Fiscal Crises of the State*. New Brunswick, Transaction publisher, 1979.
- Ohno, T., *Lo Spirito Toyota*. Torino, Einaudi, 1978.
- Paci M., *Il dualismo del lavoro in Italia. La transizione dalla rigidità alla flessibilità della regolazione* in *Il Mulino*, 1998, 47(1), 103-111.
- Paci, M., *Nuovi Lavori, Nuovo Welfare*. Bologna, Il Mulino, 2005.
- Peck, J., & Philips, R. (2020), *The platform conjuncture* in *Sociologica*, 2020, 14(3), 73-99.
- Piore M. - Sabel C., *The Second Industrial Divide*. New York, Basic Books, 1984.
- Pizzorno A., *Scambio politico e identità collettiva nel conflitto di classe* in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 1977, 165-198.
- Pizzorno A. - Reyneri E.- Regini M. - Regalia I., *Lotte operaie e sindacato : il ciclo 1968-1972 in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978.
- Portes A. - Castells M., *World Underneath: The Origins, Dynamics and Effects of the Informal Economy* in A. Portes, *The Informal Economy: Studies in advanced and less developed countries*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1989, 11-37.
- Portes A. - Haller W., *The Informal Economy* in N. J. Smelser - R. Swedberg, *The handbook of economic sociology*. Princeton, Princeton University Press, 2010.
- Pulignano V. - Piasna A. - Domecka M. - Muszyński K. - Vermeerbergen L., *Does It Pay To Work? Unpaid Labour in the Platform Economy* in ETUI Policy Brief: SSRN Electronic Journal, 2022.
- Quondamatteo N., *Eppur si muove. Il difficile cammino della contrattazione collettiva nel settore del food delivery* in *Labour and Law Issue*, 2021, vol. 7, 1, 92-133.
- Ricciardi R., *Uber-taxi, scoppia la pace: le auto bianche dentro l'app in cambio di un commissione* in *La Repubblica* 24 maggio 2022.
- Rosato P., *Uber a Bologna, accordo con Cosepuri. Il servizio inizia oggi "Si fa tutto con l'app"* in *Il Resto del Carlino* 13 ottobre 2020.

- Rosenblat A. - Stark, L., Algorithmic labor and information asymmetries: A case study of Uber's drivers in *International Journal of Communication*, 2016, 10, 3758-3784.
- Ross A., *Creditocracy: and the case for debt refusal*. New York, Or Books, 2014.
- Rossi U. - Wang, J., *Urban entrepreneurialism 2.0 or the becoming south of the urban world* in *Environment and Planning A: Economy and Space*, 2020, 0(0), 1-7.
- Salento A, *Postfordismo e ideologie giuridiche. Nuove forme d'impresa e crisi del diritto del lavoro*. Milano, Franco Angeli, 2003.
- Settis B., *Fordismi. Storia politica della produzione di massa*. Bologna, Il Mulino., 2016.
- Settis B., *L'attualità dello Statuto dei lavoratori cinquant'anni dopo*. *Il Mulino*, 2020, 891-901.
- Srnicek N., *Capitalismo Digitale. Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web*. LUISS University Press, 2017.
- Staglianò R., *Lavoretti. Così la sharing economy ci rende tutti più poveri*. Milano, Einaudi, 2018.
- Standing G., *Precari. La nuova classe esplosiva*. Bologna, Il Mulino, 2015.
- Sundarajan A., *The Sharing Economy*. London: MIT Press, 2016.
- Taylor F. W., *Scientific Management*. Londra, Routledge, 2004.
- Taylor M. - Marsh G. - Nicol D. - Broadbent P., *The Taylor Review of Modern Working Practices*. Londra, Royal Society for the Arts, 2017.
- Thompson P., *The capitalist labour process: Concepts and connections* in *Capital & Class*, 2010, 34(1), 7-14.
- Trentin, B., *La città del lavoro*. Milano: Feltrinelli, 1997.
- Tronti M., *Operai e Capitale*. Torino, Giulio Einaudi, 1971.
- van Dijck, J. - Poell, T. - de Waal M., *The Platform Society. Public values in a connective world*. Oxford, Oxford University Press, 2018.
- Verified Market Research, *Digital Experience Platform Market*, 2022.
- Visetti G., Riders on the storm: sotto il cielo nero di Milano pedala la protesta. *La Repubblica*, 20 giugno 2020.
- Woodcock J., *The Fights Against Platform Capitalism: An inquiry into the Global Struggles of the Gig Economy*. Londra: University of Westminster Press, 2021.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Riflessioni sul fattore tempo
nelle prestazioni di lavoro occasionali**

FRANCESCA MARINELLI
Università degli Studi di Milano

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695





Riflessioni sul fattore tempo nelle prestazioni di lavoro occasionali

FRANCESCA MARINELLI

Università degli Studi di Milano

Associata di diritto del lavoro

francesca.marinelli@unimi.it

ABSTRACT

After outlining the main features of the occasional work, the Author analyses the peculiar role played by the “time factor” in the so called “prestazioni di lavoro occasionali” introduced by art. 54 *bis* of the Decree-law no. 50/2017, converted into the Law no. 96/2017.

Keywords: occasional work; time; marginal work; qualification of the agreement; accessory work.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/15126>

Riflessioni sul fattore tempo nelle prestazioni di lavoro occasionali

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La struttura delle prestazioni di lavoro occasionali. - 3. La peculiarità della figura: l'occasionalità si fonda anche (ma non solo) su elementi temporali. - 4. Le (importanti) ricadute della svalutazione dell'elemento temporale sulla fattispecie e, conseguentemente, sulla disciplina. - 5. Conclusioni: sulla utilità della occasionalità "spuria" che caratterizza le prestazioni di lavoro occasionali.

1. Premessa

Tante e tali sono all'interno del nostro ordinamento le criticità relative al lavoro occasionale, da rendere impossibile riflettere sul ruolo giocato dal fattore tempo (elemento già di per sé complesso)⁽¹⁾, all'interno di tale figura senza prima dare quantomeno le coordinate di massima di quest'ultima; il che significa delinearne brevemente *excursus* storico e fattezze. Del primo si dirà subito, della forma attualmente assunta dalla fattispecie in esame ci si soffermerà, invece, nel § 2.

Circa l'evoluzione storica dell'istituto, occorre ricordare che fino all'inizio del nuovo millennio non esisteva nel nostro ordinamento una specifica figura di lavoro occasionale. Sotto tale espressione il nostro sistema giuridico ospitava, infatti, un coacervo di rapporti – per lo più individuati a fini fiscali e previdenziali⁽²⁾ –, caratterizzati da una «pluralità di fonti regolative e dalla mancanza di coordinamento fra le stesse»⁽³⁾.

Solo nel 2003 il legislatore, mosso (su sollecitazione dell'Unione Europea), dalla volontà di contrastare il lavoro irregolare e, al contempo, creare un mercato del lavoro "sostenibile"⁽⁴⁾, ha optato – nell'ambito di quella che la dottrina⁽⁵⁾ ha definito come la più importante opera di riordino del mercato del lavoro dal dopoguerra e, cioè, la c.d. Riforma Biagi (*id est* il d.lgs. n. 276/2003) –, per dare origine, sulla falsariga

(1) Tra le altre cose perché, come ricorda E. Gragnoli, *Tempo e contratto di lavoro subordinato*, RGL, 2007, I, rispettivamente alle pagine 439 e 447 «il tempo non è definito dal diritto positivo, che lo assume come un dato empirico e si riferisce alla cognizione comune nell'esperienza collettiva» sebbene esso sia spesso «parametro di comprensione e qualificazione degli istituti» lavoristici. Nonostante la rilevanza del tema per il diritto del lavoro, l'ultima riflessione corale della comunità accademica sul tempo risale al 1986 (v. Aidlass (a cura di), *Il tempo di lavoro*, (Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Genova, 4-5 aprile 1986), Giuffrè, 1987).

(2) Cfr. sul punto per tutti M. Pedrazzoli, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali Commento al Titolo VII del D. Lgs. 276/03*, in P. Bellocchi - R. Del Punta - P. Ichino - F. Liso - A. Maresca - L. Montuschi - L. Nogler - M. Pedrazzoli - R. Romei - P. Tullini - C. Zoli, *Il nuovo mercato del lavoro. d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, 2004, 700 ss.

(3) V. Brino, *Lavoro occasionale*, in *DDPrin.*, sez. comm., Utet, 2009, 469.

(4) Cfr. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Roma, ottobre 2001. Sul tema sostenibilità e lavoro v. da ultimo A. Perulli - V. Speciale, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Il Mulino, 2022, 111 e ss.

(5) Cfr. M.T. Carinci, *La legge delega n. 30/2003 ed il sistema delle fonti*, in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro. L. n. 30/2003*, a cura di M. T. Carinci, Ipsoa, 2003, 3.

dell'ordinamento belga⁽⁶⁾, ad una vera e propria figura *ad hoc* e, cioè, le c.d. prestazioni occasionali di tipo accessorio⁽⁷⁾.

L'istituto, concepito come prestazioni – eventualmente svolte anche a favore di più beneficiari –, di durata complessiva non superiore a 30 giorni nel corso dell'anno solare e comunque non foriere di compensi superiori a 3.000 euro annui⁽⁸⁾ esigibili solo da alcune categorie di soggetti (considerate dal legislatore fragili)⁽⁹⁾ ed esclusivamente nell'ambito di limitati servizi (volti all'aiuto familiare o di impatto sociale)⁽¹⁰⁾, si caratterizzava, proprio in ragione della sua marginalità, per una regolamentazione oltremodo scarna, incentrata principalmente sul meccanismo dei *voucher*⁽¹¹⁾.

Nonostante la dichiarata marginalità delle prestazioni in parola – rimarcata nel 2015 dallo stesso legislatore che ha proceduto a “travasarle” nel d.lgs. n. 81 sotto il nome di “prestazioni di lavoro accessorio”⁽¹²⁾ –, esse hanno subito un profondo processo di trasformazione che ha finito per convertirle in uno strumento utilizzabile, di regola, da parte di qualunque lavoratore, in tutti i settori e con fluidi limiti sia di tempo che di guadagno⁽¹³⁾, tanto da conquistarsi la “fama” di *competitor* sleale rispetto sia al contratto

⁽⁶⁾ V. sul punto, tra i tanti: L. Nogler - M. Borzaga, *Le virtù del modello belga. Ipotesi sulla disciplina legale del lavoro “accessorio”, Impr. soc.*, 2003, 70 e ss.; A. Tursi - P.A. Varesi, *Istituzioni di diritto del lavoro. Rapporti di lavoro e relazioni sindacali nel settore privato*, Wolters Kluwer - Cedam, 2016, 329 e ss.

⁽⁷⁾ Cfr. artt. 70 e ss. d.lgs. n. 276/2003.

⁽⁸⁾ V. versione originaria dell'art. 70 co. 1 e 2 d.lgs. n. 276/2003.

⁽⁹⁾ Cfr. versione originaria dell'art. 70 co. 1, nonché il vecchio testo dell'art. 71 co. 1 che ammetteva lo svolgimento del lavoro accessorio solo da parte di: a) i disoccupati da oltre un anno; b) le casalinghe, gli studenti e i pensionati; c) i disabili e i soggetti in comunità di recupero, d) i lavoratori extracomunitari regolari nei sei mesi successivi alla perdita del lavoro.

⁽¹⁰⁾ V. versione originaria dell'art. 70 co. 1, d.lgs. n. 276/2003 che parlava di: a) piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresa la assistenza domiciliare ai bambini e alle persone anziane, ammalate o con handicap; b) insegnamento privato supplementare; c) piccoli lavori di giardinaggio, nonché di pulizia, manutenzione di edifici e monumenti; d) realizzazioni di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritatevoli; e) collaborazione con enti pubblici e associazioni di volontariato per lo svolgimento di lavori di emergenza, come quelli dovuti a calamità o eventi naturali improvvisi o di solidarietà.

⁽¹¹⁾ Tra i primi commenti all'istituto in parola si rinvia per tutti a: A. Lo Faro, *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali, Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di E. Gragnoli - A. Perulli, Cedam, 2004, 792 e ss.

⁽¹²⁾ V. in particolare l'art. 48 e ss., d.lgs. n. 81/2015 (oggi, come si dirà *infra* abrogati). V. sul punto P. Tullini, *Il lavoro accessorio*, in *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, a cura di L. Fiorillo - A. Perulli, Giappichelli, 2015, 263 ss.; E. Balletti, *Lavoro accessorio (artt. 48-50)*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. Carinci, Adapt-University Press, 2015, 294 e ss.; A. Zilli, *Accessorio a chi? Lavorare per voucher dopo il D.lgs. n. 81/2015, LG*, 2015, 1170 ss.; A. Occhino, *Il lavoro accessorio*, in *I contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81*, a cura di M. Magnani - A. Pandolfo - P.A. Varesi, Giappichelli, 2016, 231 e ss.; V. Pinto, *La riforma (manca) del lavoro accessorio*, in *Commentario breve alla riforma “Jobs Act”*, a cura di G. Zilio Grandi - M. Biasi, Wolters Kluwer-Cedam, 2016, 675 e ss.

⁽¹³⁾ Per un'analisi specifica delle numerosissime modifiche apportate negli anni all'istituto si rinvia, tra i tanti, agli scritti di: P. Bellocchi., *Artt. 72, 73. Il regime del lavoro accessorio e l'autonomia privata: logiche negoziali e dinamiche fattuali*, in *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro. Titoli VII, VIII e IX - Artt. 61-86*, a cura di P. Bellocchi - F. Lunardon - V. Speciale, in *Commentario*

di lavoro subordinato *standard*, sia ad altre e ben più protette tipologie di lavoro flessibile⁽¹⁴⁾.

Da qui la decisione della CGIL, nel 2016, di presentare una richiesta di *referendum* abrogativo al fine di cancellare l'istituto dall'ordinamento⁽¹⁵⁾ e, nelle more di tale procedura, dapprima, la sua repentina abrogazione⁽¹⁶⁾ – funzionale ad evitarne una sua possibile soppressione referendaria⁽¹⁷⁾ – e, poi, la sua rapida sostituzione, per mano dell'art. 54 *bis*, d.l. n. 50/2017, conv. con mod. in l. n. 96/2017, con una figura nuova: le “prestazioni di lavoro occasionali”, a sua volta ritoccate, in modo marginale, dapprima nel 2017⁽¹⁸⁾ e da ultimo nel 2018⁽¹⁹⁾.

Nonostante i dubbi sollevati da qualcuno circa l'originalità della nuova figura rispetto alla precedente, e il conseguente tentativo di ottenere un riesame dell'ordinanza di interruzione del procedimento referendario, tale richiesta è stata rigettata. All'Ufficio centrale per il *referendum*, infatti, il nuovo istituto di cui all'art. 54 *bis*, così come oggi congegnato, è apparso più che meritevole di tutela nell'ordinamento. Questo perché, grazie al *restyling* legislativo, le prestazioni di lavoro occasionali hanno finito per – così

al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, 2004, 110 ss.; C. Spinelli, *Il lavoro accessorio*, in *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, a cura di P. Curzio, Cacucci, 2006, 493 e ss.; A. Ponzio, Art. 70, 71, 72 in *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (“Riforma Biagi”)*, a cura di R. De Luca Tamajo - G. Santoro Passarelli, Cedam, 2007, 866 e ss.; N. Persico - M. Tiraboschi, *La nuova disciplina del lavoro occasionale di tipo accessorio*, in *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, a cura di M. Tiraboschi, Giuffrè, 2008, 181 ss.; L. Valente, *Lavoro accessorio nelle recenti riforme e lavoro subordinato a “requisiti ridotti”*, RGL, 2009, I, 585 e ss.; S. Bellomo, *Le prestazioni di tipo accessorio tra occasionalità, atipicità e “rilevanza fattuale”*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni cambiamento sociale*, Jovene, 2011, 771 e ss.; F. Natalini, *Il lavoro accessorio*, in *Riforma del lavoro: tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di G. Pellacani, Giuffrè, 2012, 193 e ss.; I. Spilimbergo, *La nuova disciplina del lavoro accessorio*, in *Il nuovo diritto del mercato del lavoro. La legge n. 92 del 2012 (c.d. “riforma Fornero”) dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, a cura di M. Persiani - S. Liebman, Utet giuridica-Wolters Kluwer, 2013, 279 e ss.; F. Martelloni, *Disposizioni in tema di lavoro coordinato: co.co.co lavoro occasionale accessorio*, in *Rapporto individuale e processo del lavoro*, a cura di L. Fiorillo - A. Perulli, Giappichelli, 2014, 230; M. Miscione, *Lavoro a voucher fra ascesa e declino*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Garofalo*, Cacucci, 2015, 617 e ss.; P. Rauseri, *Il lavoro accessorio*, in *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, a cura di M. Tiraboschi, Giuffrè, 2016, 269 e ss.

⁽¹⁴⁾ In dottrina cfr., fra i tanti: A. Lassandari, *Il lavoro accessorio nel disegno degli equivoci*, in *Voucherizzati. Il lavoro al di là del contratto: un'indagine sul lavoro accessorio in Italia e in Emilia-Romagna*, a cura di G. De Angelis - M. Marrone, Editrice socialmente, 2017, 11; M.T. Carinci, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro? Contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato versus contratto di lavoro subordinato a termine, somministrazione di lavoro e lavoro accessorio*, RGL, 2016, 341.

⁽¹⁵⁾ A favore della ammissibilità del quesito referendario promosso dalla CGIL v. C. cost. 27 gennaio 2017, n. 28 nt. R. Romboli (per un commento v. T. Treu, *La Corte costituzionale e i referendum sull'art. 18, i voucher e la responsabilità negli appalti*, DRI, 2017, 553 ss.).

⁽¹⁶⁾ Cfr. art. 1, d.l. n. 25/2017 conv. senz. mod. in l. n. 49/2017.

⁽¹⁷⁾ L'Ufficio centrale per il *referendum* costituito presso la Corte di cassazione statui, infatti, in seguito alla abrogazione della figura in parola, dapprima la sospensione (V. Cass. Ufficio centrale per il *referendum*, ord. 21 aprile 2017) e poi l'interruzione (V. Cass. Ufficio centrale per il *referendum*, ord. 27 aprile 2017) del procedimento referendario.

⁽¹⁸⁾ Cfr. l. n. 205/2017.

⁽¹⁹⁾ Cfr. d.l. n. 87/2018 conv. con mod. in l. n. 96/2018.

si legge nell'ordinanza di rigetto – recuperare «il requisito della “occasionalità” dell'esigenza lavorativa», elemento fondamentale per garantire all'istituto la funzione di «strumento effettivamente finalizzato alla disciplina delle prestazioni lavorative svolte in minima entità e in contesti marginali, e [pertanto] non alternativo ad altre forme contrattuali già presenti nel panorama lavoristico»⁽²⁰⁾.

È dunque specificamente su questa figura (recentemente creata e “legittimata”) che si concentrerà il presente scritto, tenendo tuttavia a mente che l'*excursus* storico, sin qui brevemente delineato, sarà fondamentale nel prosieguo per poter capire il peculiare ruolo svolto dall'elemento tempo all'interno di tale istituto.

2. La struttura delle prestazioni di lavoro occasionali

Da una lettura organica dei numerosi (e disordinati) commi che compongono l'art. 54 *bis* emerge che per prestazioni di lavoro occasionali il legislatore intende quelle attività lavorative – da chiunque svolte⁽²¹⁾ – che soddisfino, nel corso di un anno civile⁽²²⁾, ben tre requisiti ⁽²³⁾ e, cioè, diano luogo: a) per ciascun prestatore, con riferimento alla totalità degli utilizzatori, a compensi di importo complessivamente non superiore a 5.000 euro⁽²⁴⁾; b) per ciascun utilizzatore, con riferimento alla totalità dei prestatori, a compensi di importo complessivamente non superiore (di regola)⁽²⁵⁾ a 5.000 euro; c) per le prestazioni complessivamente rese da ogni prestatore in favore del medesimo utilizzatore a compensi di importo non superiore a 2.500 euro e, comunque, non eccedenti le 280 ore di durata⁽²⁶⁾.

Tali prestazioni possono essere richieste, di regola⁽²⁷⁾, solo da due categorie di soggetti e, cioè: dalle persone fisiche non nell'esercizio dell'attività professionale o di

⁽²⁰⁾ Le frasi tra caporali sono tutte di Cass. Ufficio centrale per il *referendum*, ord. 29 novembre 2017, *RGL*, 2018, I, 192 e ss., nt. critica CGIL-Ufficio giuridico e vertenze, *La Cassazione sul referendum voucher*.

⁽²¹⁾ L'art. 54 *bis*, co. 5, d.l. n. 50/2017, conv. con mod. in l. n. 96/2017, vieta la possibilità di svolgere prestazioni di lavoro occasionali solo ai soggetti con i quali l'utilizzatore abbia in corso o abbia cessato da meno di sei mesi un qualunque rapporto di lavoro subordinato o di collaborazione coordinata e continuativa (e ciò con l'evidente intento di evitare che il datore di lavoro trovi più conveniente sostituire forme di lavoro stabile con tale forma di lavoro).

⁽²²⁾ *Id est* dal 1° gennaio al 31 dicembre (v. Circolare INL n. 5/2017).

⁽²³⁾ V. art. 54 *bis* co. 1.

⁽²⁴⁾ La Circolare INPS n. 107/2017, ha chiarito, al punto 2, che tale importo, così come i successivi di cui alle lett. b) e c), sono da considerare al netto di contributi, premi assicurativi e costi di gestione (di cui si dirà *infra*).

⁽²⁵⁾ Regola diversa vale per alcune tipologie di lavoratori considerati deboli dal legislatore (v. c. 8 dell'art. 54 *bis*).

⁽²⁶⁾ Cfr. l'art. 54 *bis* co. 20 (ma soglie diverse valgono per il settore agricolo). Sulla complessità del coordinamento di queste due soglie si veda la nota n. 43.

⁽²⁷⁾ Si tralascerà qui di considerare le eccezioni previste per le società sportive professionistiche (v. l'art. 54 *bis* c. 6 b *bis*) e per le pubbliche amministrazioni (v. l'art. 54 *bis* c. 7). Per una analisi di tali ipotesi ci si permette di rinviare a F. Marinelli, *Il lavoro occasionale in Italia. Evoluzione, disciplina e potenzialità della fattispecie lavoristica*, Giappichelli, 2019, rispettivamente 73 e ss. e 79 e s.

impresa (e in tal caso solo nell'ambito di piccoli lavori domestici, dell'assistenza domiciliare e dell'insegnamento privato supplementare⁽²⁸⁾), nonché da qualunque altro utilizzatore privato di piccole dimensioni sempre che non operi in settori particolarmente pericolosi o nell'ambito dell'esecuzione di appalti di opere o servizi⁽²⁹⁾.

Quest'ultima categoria di utilizzatori, può avvalersi di tali prestazioni solo tramite il c.d. contratto di prestazione occasionale (CPO), attivabile versando, attraverso apposita piattaforma informatica INPS⁽³⁰⁾, le somme necessarie a remunerarle⁽³¹⁾.

Le persone fisiche non nell'esercizio dell'attività professionale o di impresa, per acquistare le prestazioni in parola, debbono, invece, avvalersi del c.d. "Libretto Famiglia (LF) e, cioè, di un libretto nominativo prefinanziato contenente titoli di pagamento, acquistabile attraverso apposita piattaforma informatica INPS⁽³²⁾ o presso gli uffici postali⁽³³⁾. Anche in quest'ultimo caso, nonostante il silenzio del legislatore circa l'origine contrattuale delle prestazioni, chi scrive, in accordo con l'orientamento dominante⁽³⁴⁾, ritiene indubitabile che esse nascano per opera di un accordo tra le parti.

Alla luce di quanto detto emerge dunque che, nonostante l'art. 54 *bis* diversifichi, come visto, la modalità di acquisizione delle prestazioni di lavoro occasionali a seconda dell'identità dell'utilizzatore (persona fisica non nell'esercizio dell'attività professionale o di impresa o altro privato di piccole dimensioni), il LF e il CPO altro non sono che «due varianti di un modello contrattuale unitario»⁽³⁵⁾.

⁽²⁸⁾ Art. 54 *bis* co. 6 e co. 10.

⁽²⁹⁾ Cfr. l'art. 54 *bis* co. 6, lett. b) e co. 14. L'art. 54 *bis* co. 13 in realtà specifica che l'utilizzatore del CPO può acquistare solo «prestazioni di lavoro occasionali o saltuarie di ridotta entità» inducendo la dottrina a chiedersi se ciò costituisca un elemento aggiuntivo o meramente confermativo rispetto ai tre limiti temporali e di guadagno individuati al co. 1 dell'art. 54 *bis*. Data la genericità degli incisi chi scrive, d'accordo con la dottrina maggioritaria, ritiene che le suddette precisazioni debbano leggersi come meramente rafforzative della volontà del legislatore di riservare l'utilizzo di tale istituto solo a prestazioni marginali (sul punto ci si permette di rinviare a F. Marinelli, *Il lavoro occasionale in Italia*, cit., 76 ss.).

⁽³⁰⁾ Art. 54 *bis* co. 9.

⁽³¹⁾ Art. 54 *bis* co. 6 b) e co. 13 e ss.

⁽³²⁾ Art. 54 *bis* co. 10.

⁽³³⁾ Cfr. l'art. 54 *bis* co. 6 a e 10 e ss.

⁽³⁴⁾ Cfr.: S. Ciucciovino, *Prestazioni di lavoro occasionale*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Treccani, 2018, 314 e s.; F. Fantuzzi, *Le prestazioni occasionali. Libretto Famiglia. Contratto di prestazione occasionale*, in *Il lavoro autonomo e occasionale*, a cura di M. Lanotte, Giuffrè 2018, 258; P. Monda, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro occasionale*, *WP CSDLE*, It. n. 346/2017, 19; A. Ventura, *Dal lavoro occasionale accessorio alle prestazioni occasionali evitando il referendum: è "PrestO" fatto*, in *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale*, a cura di D. Garofalo, Adapt University press, 2018, 540; S. Donà, *Prestazioni occasionali: tutte le novità*, *Il civilista*, Giuffrè, 2017, 31. Lo stesso INPS, del resto nella Circolare INPS n. 107/2017, punto 1 ha definito il LF come una «tipologia di contratto». *Contra v.* tuttavia V. Pinto, *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, in *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di G. Zilio Grandi - M. Biasi, Wolters Kluwer - Cedam, 2018, 175 e s. che forza in realtà il dato testuale della norma (quanto meno con riguardo al CPO visto che lo stesso art. 54 *bis* lo definisce un contratto) e considera sia il LF che il CPO meri regimi agevolati di assunzione.

⁽³⁵⁾ S. Ciucciovino, *Prestazioni di lavoro occasionale*, cit., 315. Nello stesso A. Ventura, *Dal lavoro occasionale accessorio alle prestazioni occasionali evitando il referendum: è "PrestO" fatto*, cit., 540.

L'esistenza di una sostanziale omogeneità tra le due figure appare tanto più plausibile se solo si pone mente al fatto che l'art. 54 *bis* prevede sia per le prestazioni occasionali ottenute tramite LF, sia per quelle ottenute tramite CPO una disciplina unitaria volta ad assicurare ai lavoratori, da un lato, alcune tutele (quali: l'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti⁽³⁶⁾; quella contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali⁽³⁷⁾; l'applicazione di alcune norme a tutela della salute e sicurezza sul lavoro⁽³⁸⁾; un compenso orario minimo⁽³⁹⁾, nonché, infine, il diritto al riposo giornaliero e settimanale oltre che ad eventuali pause⁽⁴⁰⁾); e, dall'altro, alcuni incentivi (se è vero che i compensi percepiti tramite tale tipo di lavoro sono: ritenuti esenti da qualunque tipo di imposizione fiscale; considerati ininfluenti sullo stato di disoccupazione; e, infine, computati ai fini della determinazione del reddito necessario per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno⁽⁴¹⁾).

Una volta delineata, seppur per brevi cenni, la figura delle prestazioni di lavoro occasionali, pare finalmente possibile condurre qualche riflessione circa il ruolo svolto dal fattore tempo nell'istituto in esame.

3. La peculiarità della figura: l'occasionalità si fonda anche (ma non solo) su elementi temporali

Riflettere sull'elemento del tempo nelle prestazioni di lavoro occasionali significa, *in primis*, prendere atto del fatto che esse si fondano su una palese *contraddizione* derivante dal fatto che, se come è vero, "l'occasionalità", in quanto termine *contrario* rispetto a quello di "continuatività", significa *mancanza* di un «legame stabile tra le parti all'interno del quale la prestazione perdura nel tempo»⁽⁴²⁾, e quindi, risulta un concetto ontologicamente fondato (seppur per sottrazione) solo sul dato temporale, nondimeno il nostro legislatore non ha costruito la figura delle prestazioni di lavoro occasionali sulla scorta di tale nozione per così dire "classica" di occasionalità.

L'occasionalità su cui si fondano le prestazioni in parola appare infatti *sui generis*, sia perché, a ben guardare, esse possono anche durare per un certo tempo (seppur

⁽³⁶⁾ Con iscrizione alla Gestione separata di cui all'art. 2, co. 26, l. n. 335/1995 (cfr. l'art. 54 *bis* co. 2).

⁽³⁷⁾ Disciplinata dal d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 (cfr. l'art. 54 *bis* co. 2).

⁽³⁸⁾ Cfr. l'art. 54 *bis* co. 3, che riconosce tale diritto nei limiti di cui all'articolo 3, co. 8, d.lgs. n. 81/2008 (v. sul punto, se vuoi, F. Marinelli, *Il lavoro occasionale in Italia* cit., 68 e s.).

⁽³⁹⁾ Oggi pari a 8 euro netti utilizzando il LF (v. l'art. 54 *bis* co. 11) e a 9 euro netti avvalendosi del CPO (cfr. l'art. 54 *bis* co. 16 e co. 17, lett. e)).

⁽⁴⁰⁾ Cfr. l'art. 54 *bis* co. 3, ove richiama gli artt. 7, 8 e 9, d.lgs. n. 66/2003.

⁽⁴¹⁾ Cfr. l'art. 54 *bis* co. 4.

⁽⁴²⁾ M. Pedrazzoli, *Superamento di quantità nell'anno come dato di fattispecie: lo sventurato caso del "lavoro occasionale"*, RGL, 2005, I, 231. Ma per una diversa visione cfr. V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo di lavoro*, Cacucci, 2008, 111.

contenuto), sia perché all'elemento temporale il legislatore affianca uno stringente parametro economico.

Infatti, come si ricorderà dal paragrafo precedente, le prestazioni di lavoro occasionali, per essere considerate tali, debbono soddisfare un triplice criterio e, cioè, non superare: sia un limite massimo *di guadagno annuale* ricavabile da ciascun lavoratore con riferimento alla totalità degli utilizzatori; sia un limite massimo *di spesa annuale* da parte di ciascun utilizzatore verso la totalità dei lavoratori; sia, infine, un limite massimo *annuale di guadagno* per ciascun lavoratore nei confronti di ciascun utilizzatore. Non solo, benché, come detto *supra*, quest'ultimo parametro possa essere sostituito dal numero di *ore* impiegate (massimo 280 nell'anno), a ben guardare, neanche questo limite rappresenta un criterio puramente temporale. Ciò sia perché l'art. 54 *bis* prevede per le prestazioni di lavoro occasionali un compenso orario minimo (di cui si è detto *supra*)⁽⁴³⁾, sia perché tale criterio deve comunque convivere con i due precedenti, *id est*: con il limite economico dei 5.000 euro come somma massima sia di guadagno annuo ricavabile da ciascun lavoratore dallo svolgimento di prestazioni di lavoro occasionale, sia di spesa annua per ciascun utilizzatore per l'acquisto di prestazioni di lavoro occasionali.

Stando così le cose, non pare dunque operazione peregrina chiedersi per quale ragione l'occasionalità sia stata costruita in siffatto modo.

La risposta, ad avviso di chi scrive, è facilmente intuibile se ci si sofferma a considerare la *ratio* sottesa ai limiti su cui si fonda la definizione di prestazioni di lavoro occasionali (di cui si è dato conto nel § 2) e la si collega, poi, all'*excursus* storico dell'istituto (di cui si è detto nel § 1).

Quanto ai tre limiti economico-temporali che definiscono, come visto, l'istituto in esame, pur avendo ciascuno uno scopo ben preciso, sono, a ben guardare, tutti volti a un unico obiettivo: rendere *la figura marginale non solo nell'ambito del singolo rapporto di lavoro ma, addirittura, nel mercato*.

La *ratio* sottesa al limite massimo di guadagno annuo previsto per lo svolgimento di prestazioni di lavoro occasionali da parte di ciascun lavoratore con riferimento alla totalità degli utilizzatori mira, infatti, a rendere la figura una fonte di reddito marginale agli occhi dei lavoratori.

Così, il limite massimo di spesa annua che ciascun utilizzatore può impiegare per ottenere prestazioni di lavoro occasionali mira ad impedire che queste ultime possano venire utilizzate dai committenti per soddisfare esigenze stabili mediante «la continua

⁽⁴³⁾ A ben guardare non privo di criticità di coordinamento con il limite delle 280 ore se è vero che, come ricorda V.F. Giglio, *Il nuovo lavoro occasionale*, in *Il nuovo lavoro occasionale. Disciplina, profili critici e soluzioni operative*, a cura di V.F. Giglio, *Glav - Inserto* n. 11/2018, X e XVII, con riferimento al CPO, se il compenso orario minimo deve essere almeno pari a 9 euro ne risulta che il limite di ore per lavoratore in ambito professionale di fatto non potrà eccedere le 277 ore (posto che moltiplicando le 280 ore per i 9 euro orari si arriverebbe a 2.520 euro); così, con riguardo al LF, essendo il compenso minimo pari a 8 euro e il limite temporale pari a 280 ore, il prestatore potrà ricevere dal singolo committente non più di 2.240 euro per anno (per arrivare a 2.500 euro, infatti, dovrebbe lavorare ben 32 ore di più).

rotazione dei lavoratori sulla stessa posizione di lavoro»⁽⁴⁴⁾ e, dunque, intende rendere la figura marginale per gli utilizzatori.

Infine, il limite massimo annuale di spesa/guadagno (o di ore impiegate) per le prestazioni occasionali svolte da ciascun lavoratore nei confronti di ciascun utilizzatore è volto a garantire che il ricorso al lavoro occasionale soddisfi «fabbisogni lavorativi destinati ad esaurirsi nel breve periodo»⁽⁴⁵⁾ e, dunque, in ultima analisi, a rendere la figura ancora più marginale qualora coinvolga le stesse parti.

Ciò premesso, se si ricorda quanto detto nel § 1 e, cioè, che la figura del lavoro occasionale regolata dall'art. 54 *bis* è nata sulle ceneri delle prestazioni occasionali di tipo accessorio, istituto abolito in quanto ritenuto un *vulnus* alle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione alle garanzie dettate dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato, non vi è chi non veda quanto sia importante l'operazione posta in essere dal legislatore con l'art. 54 *bis*: questa costruzione bizzarra dell'occasionalità è funzionale a selezionare prestazioni di ridotta entità economico-temporale e, dunque, a rendere la figura in esame costituzionalmente legittima, in quanto effettivamente marginale e, dunque, non alternativa rispetto ad altre forme contrattuali già presenti nell'ordinamento.

Una volta dato conto del ruolo svolto dal tempo all'interno della definizione di prestazioni di lavoro occasionali, non rimane che chiedersi se e come ciò incida sulla fattispecie, per poi capire quali ne siano le ricadute sulla disciplina.

4. Le (importanti) ricadute della svalutazione dell'elemento temporale sulla fattispecie e, conseguentemente, sulla disciplina

Nel delineare *supra* (v. § 2), seppur per brevi cenni, la figura delle prestazioni di lavoro occasionali, non potrà essere sfuggito che nulla si è detto circa la qualificazione della fattispecie. Tale mancanza non è imputabile a disattenzione, quanto al fatto che, a ben guardare, l'art. 54 *bis* non accenna a tale questione.

La norma in parola si limita, infatti – come visto *supra* –, ad assicurare ai lavoratori che svolgono le suddette prestazioni, da un lato, alcune tutele e, dall'altro, alcuni incentivi, per poi concludere affermando che, in caso di superamento, da parte dell'utilizzatore, del limite di importo dei 2.500 euro annui o, comunque, delle 280 ore annue ammissibili *ex lege* con lo stesso lavoratore, il relativo rapporto si trasformerà (di regola) ⁽⁴⁶⁾, «in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato»⁽⁴⁷⁾ a far data dal giorno in cui si è verificato il superamento di tale limite⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁴⁾ V. Pinto, *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, cit., 179 e s.

⁽⁴⁵⁾ V. Pinto, *ibidem*.

⁽⁴⁶⁾ L'art. 54 *bis* co. 20 esclude infatti espressamente le pubbliche amministrazioni da tale meccanismo sanzionatorio e sancisce limiti diversi per il settore agricolo.

⁽⁴⁷⁾ V. art. 54 *bis* co. 20.

⁽⁴⁸⁾ V. Circ. INL n. 5/2017.

Da qui la disputa sorta tra gli addetti ai lavori.

L'orientamento maggioritario⁽⁴⁹⁾, valorizzando, ora, l'applicazione alla figura in parola di istituti tipici del lavoro subordinato (come i riposi e le pause), ora, la previsione di elementi (quali un compenso minimo orario e la normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro) compatibili con prestazioni destinate ad essere inserite in un contesto organizzativo sul quale il lavoratore non ha alcun potere decisionale, colloca le prestazioni occasionali nell'area della subordinazione.

Altri⁽⁵⁰⁾ ritengono, invece, che proprio questa applicazione espressa al lavoro occasionale di istituti tipici del lavoro subordinato abbia un senso solo qualora l'intento del legislatore sia quello di attribuire alle prestazioni natura autonoma. Non solo, il riferimento dell'art. 54 *bis* ai «piccoli lavori domestici» all'«insegnamento supplementare»⁽⁵¹⁾, nonché alle «prestazioni di lavoro occasionali o saltuarie di ridotta entità»⁽⁵²⁾ sembrerebbe voler escludere il requisito dello stabile inserimento del lavoratore nell'organizzazione del committente.

Infine vi è chi⁽⁵³⁾, da un lato, vista l'impossibilità di escludere «che nella pratica una prestazione occasionale possa essere eterodiretta ovvero eterorganizzata dall'utilizzatore, ovvero ancora gestita ed eseguita dal prestatore coordinandosi con l'utilizzatore, oppure [svolta] con una considerevole autonomia»⁽⁵⁴⁾, dall'altro, constatata la noncuranza dell'art. 54 *bis* circa il profilo qualificatorio, preferisce considerare le prestazioni di lavoro occasionali un tipo contrattuale a sé «non [...] collocabile

⁽⁴⁹⁾ Cfr.: L. Valente, *Il lavoro occasionale: precedenti e disciplina*, MGL, 2017, 758; A. Ventura, *Dal lavoro occasionale accessorio alle prestazioni occasionali evitando il referendum: è "PrestO" fatto*, cit., 540; P. Monda, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro occasionale*, cit., 16 e s.; S.P. Emiliani, *Prestazioni occasionali tra autonomia e subordinazione*, VTDL, 2018, 1.

⁽⁵⁰⁾ Cfr.: F. Fantuzzi, *Le prestazioni occasionali. Libretto di Famiglia. Contratto di prestazione occasionale*, cit., 258 e ss.; C. Cordella, *Libretto Famiglia e Contratto di prestazione occasionale: individuazione della fattispecie*, DRI, 2018, 1181.

⁽⁵¹⁾ V. art. 54 *bis* co.10, lett. a) e c).

⁽⁵²⁾ V. art. 54 *bis* co. 13.

⁽⁵³⁾ Cfr.: S. Ciucciovino, *Prestazioni di lavoro occasionale*, cit., 318, M. Falsone, *Art. 54 bis*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, continuato da R. De Luca Tamajo - O. Mazzotta, Wolters Kluwer - Cedam, 2018, 3102. Anche la prassi sembra andare in questa direzione se è vero che la Circolare INL n. 5/2017 ha definito le prestazioni regolate dall'art. 54 *bis* come «prestazioni che il legislatore ha inteso tipizzare attraverso lo strumento del Libretto Famiglia o del Contratto di prestazione occasionale, prescindendo [...] da una classificazione preventiva sulla natura autonoma o subordinata delle stesse e perciò individuando specifici limiti e tutele in capo al lavoratore». Non si deve dimenticare che anche con riguardo alla figura del lavoro occasionale di tipo accessorio la prassi era stata unanime nel ritenere che «per prestazioni di lavoro occasionale accessorio [dovessero...] intendersi attività lavorative di natura meramente occasionale e 'accessorie', non riconducibili a tipologie contrattuali tipiche di lavoro subordinato o di lavoro autonomo, ma mere prestazioni di lavoro definite con la sola finalità di assicurare le tutele minime previdenziali e assicurative in funzione di contrasto a forme di lavoro nero e irregolare» (Circolare INPS n. 88/2009; nello stesso senso: la Circolare INPS n. 44/2009; la Circolare INPS n. 17/2010, e, infine, la Circolare INPS n. 49/2013).

⁽⁵⁴⁾ C. Carchio, *La tutela del lavoratore occasionale (compenso - orario - sicurezza)*, in *La nuova frontiera del lavoro: autonomo - agile - occasionale. Aggiornamento al decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 c.d. decreto dignità*, a cura di D. Garofalo, Adapt University press, 2018, 594.

nell'ambito del lavoro autonomo né in quello del lavoro subordinato»⁽⁵⁵⁾.

In questo complesso quadro, ad avviso di chi scrive è proprio l'occasionalità – costruita, lo si è detto, come stringente *mix* tra parametro temporale ed economico – ad aiutarci a risolvere la questione (senza dubbio non di poco conto se solo si pensa alle implicazioni sul piano applicativo).

Se, infatti, in linea con l'orientamento consolidato⁽⁵⁶⁾, si concordi sul fatto che per individuare il tipo contrattuale bisogna partire dalla causa (e, cioè, dall'interesse che l'operazione è diretta a soddisfare)⁽⁵⁷⁾, per risolvere la questione in parola basterà chiedersi se lo scambio “lavoro occasionale *versus* corrispettivo” sia riconducibile a quello tra retribuzione e prestazione di attività alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore (che è la causa del contratto di lavoro subordinato)⁽⁵⁸⁾ o, piuttosto, a quello tra corrispettivo *versus* compimento di un'opera o un servizio con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione (che è, come noto, la causa del contratto di lavoro autonomo)⁽⁵⁹⁾ o, ancora, dia vita ad un interesse altro.

Ad avviso di chi scrive, la lettera dell'art. 54 *bis* appare molto chiara nel non dare rilievo alcuno alla natura eterodiretta o meno del *facere* nell'economia dell'istituto. Ciò emerge dal fatto che, come visto, la norma, per un verso, non si preoccupa di qualificare le prestazioni di lavoro occasionali e, per altro verso, regola l'istituto con una disciplina *ad hoc*. Di contro, leggendo l'art. 54 *bis*, non si può non cogliere (come visto *supra*) l'ostinazione con cui il legislatore insiste sulla marginalità che deve caratterizzare le prestazioni di lavoro occasionali⁽⁶⁰⁾.

Stando così le cose, si ritiene plausibile la tesi di chi ritiene che le prestazioni di lavoro occasionali costituiscano un tipo contrattuale a sé stante caratterizzato da una propria causa tipica e, conseguentemente, da una propria disciplina esaustiva. A ben guardare, infatti, l'interesse sotteso al contratto in esame consiste nello scambio di un corrispettivo *versus* una prestazione di lavoro occasionale ai sensi dell'art. 54 *bis*, *quale che ne sia la modalità di esecuzione*. Come dire, ciò che rileva per il legislatore ai fini della configurazione della fattispecie (e che dunque consente l'applicazione della relativa disciplina) non è la natura autonoma o subordinata del *facere* del lavoratore, bensì la marginalità di tale *facere* (a prescindere dalla modalità di esecuzione), realizzata costruendo l'occasionalità in modo “spurio” e cioè, come detto, compenetrando in modo originale il dato temporale con quello economico.

Questa occasionalità *sui generis*, cioè volta ad individuare prestazioni di ridotta

⁽⁵⁵⁾ Le frasi tra caporali sono di M. Falsone, *Art. 54 bis, cit.*, 3103.

⁽⁵⁶⁾ V. per tutti V. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, 430 e s.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile. Il contratto*, Giuffrè, 2000, 453.

⁽⁵⁸⁾ V. l'art. 2094 c.c.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. l'art. 2222 c.c.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. l'art. 54 *bis*, co. 13 il quale precisa che il CPO è utilizzabile solo per acquistare «prestazioni di lavoro occasionali o saltuarie di ridotta entità»; nonché l'art. 54 *bis* co. 10 il quale precisa che il LF possa essere utilizzato solo nell'ambito dei piccoli lavori domestici, di giardinaggio e di manutenzione, di assistenza domiciliare, e con riguardo all'insegnamento privato supplementare.

entità economico/temporale è, dunque, ciò che caratterizza la fattispecie e che, di conseguenza, determina l'applicazione della sola disciplina contenuta nell'art. 54 *bis* (e di cui si è detto brevemente nel § 2); e ciò appare possibile proprio grazie alla sua originale costruzione – per così dire “ibrida” – ad opera dello stesso art. 54 *bis*.

Se è vero, infatti, in via generale che la continuità è elemento neutro a fini qualificatori⁽⁶¹⁾, nel caso in esame tale occasionalità “spuria” è assolutamente indispensabile per rendere la figura realmente marginale. Dunque, a ben vedere è *la marginalità* che finisce per “colorare” la causa del contratto in esame.

Da qui l'importanza di questa costruzione stravagante dell'occasionalità nell'ambito della figura in parola: proprio questa caratteristica permette al tempo di assurgere ad elemento intrinseco al sinallagma “prestazione di lavoro-corrispettivo” in quanto *condicio sine qua non* per la configurazione della fattispecie, posto che per il legislatore la modalità (autonoma, subordinata o finanche alternativamente ora autonoma ora subordinata) di esecuzione della prestazione risulta indifferente (trovando comunque applicazione la sola disciplina *ad hoc* prevista dall'art. 54 *bis*) sempre che, solo se e fintanto che essa sia svolta dal lavoratore nella modalità prescritta dallo stesso art. 54 *bis*.

5. Conclusioni: sulla utilità della occasionalità “spuria” che caratterizza le prestazioni di lavoro occasionali

Alla luce di quanto detto, non vi è chi non veda quale sia la peculiarità che caratterizza l'atteggiarsi del fattore tempo nelle prestazioni di lavoro occasionali disciplinate dall'art. 54 *bis*.

L'istituto in esame si basa su un elemento – l'occasionalità – che pur rilevando tradizionalmente come caratteristica ontologicamente legata (seppur per sottrazione) al dato temporale, nella figura in esame viene, da un lato, “alterata”, in quanto ammette anche prestazioni di lavoro occasionali che durano per un certo tempo (seppur contenuto); dall'altro lato, “contaminata” con un dato di natura economica a ben guardare imprescindibile per rendere l'istituto in esame realmente marginale e, dunque, meritevole di “cittadinanza” nel nostro ordinamento.

Non solo, grazie a questa siffatta strutturazione questa occasionalità “ibrida” è in grado di qualificare la fattispecie. Il risultato è una figura che bypassa la tradizionale

⁽⁶¹⁾ Come noto, infatti, da tempo la dottrina lavoristica considera la continuità criterio neutro privo di attitudine qualificatoria in quanto elemento compatibile sia con le prestazioni di lavoro subordinato, sia con quelle di lavoro autonomo (cfr.: P. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro. I. Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Giuffrè, 1984, 24 e ss.; R. De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in Aidlass (a cura di), *Il tempo di lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Genova, 4-5 aprile. 1986), Giuffrè, 1987, 26 ss.; A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Giuffrè, 1996, 184 e ss.; V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, cit., 109).

dicotomia autonomia-subordinazione, posto che per il legislatore la modalità autonoma, subordinata o finanche alternativamente ora subordinata ora autonoma di esecuzione delle prestazioni di lavoro occasionali risulta indifferente sempre che esse siano svolte dal lavoratore nella modalità occasionale “spuria” (*id est* marginale) prescritta dall’art. 54 *bis*.

Tale peculiarità rende l’istituto non solo originalissimo (dimostrando così la grande capacità «del discorso normativo giuslavoristico»⁽⁶²⁾ di adattarsi alle mutevoli esigenze della società), ma anche meritorio. Esso, infatti, si preoccupa di predisporre una tutela ad avviso di chi scrive costituzionalmente sufficiente per prestazioni di così ridotta entità⁽⁶³⁾ (dal momento che garantisce, come visto: una copertura sia per l’invalidità, la vecchiaia e i superstiti, sia in caso di infortuni sul lavoro e malattie professionali⁽⁶⁴⁾, sia a tutela della salute e sicurezza sul lavoro⁽⁶⁵⁾; nonché un compenso orario minimo⁽⁶⁶⁾ – a ben guardare al di sopra delle proposte sul salario minimo ad oggi in discussione in Parlamento⁽⁶⁷⁾–, nonché il diritto al riposo giornaliero e settimanale, oltre che alle pause⁽⁶⁸⁾) a vantaggio di tutti quei soggetti⁽⁶⁹⁾ che, pur entrando nel mercato con l’intento, non di impiegare in esso l’intera capacità di lavoro, ma solo di integrare il proprio reddito, appaiono nondimeno meritevoli di protezione.

⁽⁶²⁾ M. Barbieri, *Rileggendo “un profilo ideologico del diritto del lavoro” di M.G. Garofalo, LD, 2015, 111.*

⁽⁶³⁾ Del resto, proprio la marginalità di tali prestazioni rende ragionevole la mancanza di tutele sia in caso di maternità (art. 37, co. 1, Cost.); sia contro la disoccupazione involontaria (art. 38, co. 2, Cost.); sia volte a garantire ferie annuali retribuite (art. 36, co. 3, Cost.). Quanto all’art. 39 Cost., *id est* alla libertà sindacale, sebbene non espressamente sancita dall’art. 54 *bis*, neppure è, a ben vedere, esclusa dalla norma, sicché, non si vede per quale ragione essa debba essere preclusa ai lavoratori occasionali. Diverso, invece, e assai più spinoso, pare ad avviso di chi scrive il tema delle criticità dell’istituto sul piano applicativo su cui ci si permette di rinviare a F. Marinelli, *Il lavoro occasionale in Italia, cit.*, 83 ss.

⁽⁶⁴⁾ *Ex art.* 38 Cost., co. 2.

⁽⁶⁵⁾ *Ex art.* 32 Cost.

⁽⁶⁶⁾ *Ex art.* 36 Cost.

⁽⁶⁷⁾ v. sul punto M. Barbieri, *La proposta di direttiva sul salario minimo legale: opportunità e limiti, DRI, n. 2/2021, 387 ss.*

⁽⁶⁸⁾ *Ex art.* 36, co. 2 e co. 3 Cost.

⁽⁶⁹⁾ Quali: le *hostess* ai congressi, i commessi assunti negli esercizi commerciali addetti ad incartare i regali natalizi, i ragazzi chiamati a svolgere mansioni di controllo e assistenza ai concerti, ecc. (l’esempio è di P. Ichino, *Lavoro occasionale - 2 Dove sta la vera incostituzionalità della nuova norma*, in www.pietroichino.it, 29 maggio 2017).

Bibliografia

- Aidlass (a cura di), *Il tempo di lavoro*, (Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Genova, 4-5 aprile 1986), Giuffrè, 1987.
- Balletti E., *Lavoro accessorio (artt. 48-50)*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. Carinci, Adapt-University Press, 2015, 294 ss.
- Barbieri M., *La proposta di direttiva sul salario minimo legale: opportunità e limiti*, in *DRI*, n. 2/2021, 387 ss.
- Barbieri M., *Rileggendo "un profilo ideologico del diritto del lavoro" di M.G. Garofalo*, in *LD*, 2015, 105 ss.
- Bavaro V., *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, 2008.
- Bellocchi P., *Artt. 72, 73. Il regime del lavoro accessorio e l'autonomia privata: logiche negoziali e dinamiche fattuali*, in *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro. Titoli VII, VIII e IX - Artt. 61-86*, a cura P. Bellocchi - F. Lunardon - V. Speciale in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, 2004, 110 ss.
- Bellomo S., *Le prestazioni di tipo accessorio tra occasionalità, atipicità e "rilevanza fattuale"*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni cambiamento sociale*, Jovene, 2011, 771 ss.
- Brino V., *Lavoro occasionale*, in *DDPriv.*, sez. comm., Utet, 2009.
- Carchio C., *La tutela del lavoratore occasionale (compenso - orario - sicurezza)*, in *La nuova frontiera del lavoro: autonomo - agile - occasionale. Aggiornamento al decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 c.d. decreto dignità*, a cura D. Garofalo, Adapt University press, 2018, 567 ss.
- Carinci M.T., *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro? Contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato versus contratto di lavoro subordinato a termine, somministrazione di lavoro e lavoro accessorio*, in *RGL*, 2016, 316 ss.
- Carinci M.T., *La legge delega n. 30/2003 ed il sistema delle fonti*, in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro. L. n. 30/2003*, a cura di M. T. Carinci, Ipsoa, 2003, 3 ss.
- Ciucciovino S., *Prestazioni di lavoro occasionale*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Treccani, 2018, 313 ss.
- Cordella C., *Libretto Famiglia e Contratto di prestazione occasionale: individuazione della fattispecie*, in *DRI*, 2018, 1158 ss.
- De Luca Tamajo R., *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in Aidlass (a cura di), *Il tempo di lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Genova, 4-5 aprile. 1986), Giuffrè, 1987, 3 ss.
- Donà S., *Prestazioni occasionali: tutte le novità*, in *Il civilista*, Giuffrè, 2017.
- Emiliani S.P., *Prestazioni occasionali tra autonomia e subordinazione*, in *VTDL*, 2018, 1 ss.
- Falsone M., *Art. 54 bis*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, continuato da R. De Luca Tamajo – O. Mazzotta, Wolters Kluwer - Cedam, 2018, 3102 ss.
- Fantuzzi F., *Le prestazioni occasionali. Libretto Famiglia. Contratto di prestazione occasionale*, in *Il lavoro autonomo e occasionale*, a cura di M. Lanotte, Giuffrè, 2018, 243 ss.
- Giglio V.F., *Il nuovo lavoro occasionale. Disciplina, profili critici e soluzioni operative*, in *Glav - Inserto* n. 11/2018.
- Gragnoles E., *Tempo e contratto di lavoro subordinato*, in *RGL*, 2007, I, 439 ss.
- Ichino P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro. I. Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Giuffrè, 1984.
- Ichino P., *Lavoro occasionale - 2 Dove sta la vera incostituzionalità della nuova norma*, in *www.pietroichino.it*, (29 maggio 2017).
- Lassandari A., *Il lavoro accessorio nel disegno degli equivoci*, in *Voucherizzati. Il lavoro al di là del contratto: un'indagine sul lavoro accessorio in Italia e in Emilia-Romagna*, a cura di G. De Angelis - M. Marrone, Editrice socialmente, 2017, 11 ss.
- Lo Faro A., *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, *Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di E. Gragnoli - A. Perulli Cedam, 2004, 792 e ss.
- Marinelli F., *Il lavoro occasionale in Italia. Evoluzione, disciplina e potenzialità della fattispecie lavoristica*, Giappichelli, 2019.
- Martelloni F., *Disposizioni in tema di lavoro coordinato: co.co.co lavoro occasionale accessorio*, in *Rapporto individuale e processo del lavoro*, a cura di L. Fiorillo - A. Perulli, Giappichelli, 2014, 199 ss.
- Miscione M., *Lavoro a voucher fra ascesa e declino*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Garofalo*, Cacucci, 2015, 617 ss.

- Monda P., *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro occasionale*, in *WP C.SDL E*, It. n. 346/2017.
- Natalini F., *Il lavoro accessorio*, in *Riforma del lavoro: tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di G. Pellacani, Giuffrè, 2012, 193 ss.
- Nogler L. - Borzaga M., *Le virtù del modello belga. Ipotesi sulla disciplina legale del lavoro "accessorio"*, in *Impr. soc.*, 2003, 68 ss.
- Occhino A., *Il lavoro accessorio*, in *I contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81*, a cura di M. Magnani - A. Pandolfo - P.A. Varesi, Giappichelli, 2016, 231 ss.
- Pedrazzoli M., *Superamento di quantità nell'anno come dato di fattispecie: lo sventurato caso del "lavoro occasionale"*, in *RGL*, 2005, I, 227 ss.
- Pedrazzoli M., *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali Commento al Titolo VII del D. Lgs. 276/03*, in P. Bellocchi - R. Del Punta - P. Ichino - F. Liso - A. Maresca - L. Montuschi - L. Nogler - M. Pedrazzoli - R. Romei - P. Tullini - C. Zoli, *Il nuovo mercato del lavoro d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, 2004.
- Persico N. - Tiraboschi M., *La nuova disciplina del lavoro occasionale di tipo accessorio*, in *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, a cura di M. Tiraboschi, Giuffrè, 2008, 181 ss.
- Perulli A. - Speziale V., *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Il Mulino, 2022.
- Perulli A., *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Giuffrè, 1996.
- Pinto V., *La riforma (mancata) del lavoro accessorio*, in *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, a cura di G. Zilio Grandi - M. Biasi, Wolters Kluwer-Cedam, 2016, 675 ss.
- Pinto V., *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, in *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di G. Zilio Grandi - M. Biasi, Wolters Kluwer - Cedam, 2018, 169 ss.
- Ponzio A., *Art. 70, art. 71, art. 72*, in *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 ("Riforma Biagi")*, a cura di R. De Luca Tamajo - G. Santoro Passarelli Cedam, 2007, 866 ss.
- Rausei P., *Il lavoro accessorio*, in *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, a cura di M. Tiraboschi, Giuffrè, 2016, 269 ss.
- Roppo V., *Il contratto*, Giuffrè, 2001.
- Spilimbergo I., *La nuova disciplina del lavoro accessorio*, in *Il nuovo diritto del mercato del lavoro. La legge n. 92 del 2012 (c.d. "riforma Fornero") dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, M. Persiani - S. Liebman, Utet giuridica-Wolters Kluwer, 2013, 279 ss.
- Spinelli C., *Il lavoro accessorio*, in *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, a cura di P. Curzio, Cacucci, 2006, 493 ss.
- Treu T., *La Corte costituzionale e i referendum sull'art. 18, i voucher e la responsabilità negli appalti*, in *DRI*, 2017, 553 ss.
- Tullini, P. *Il lavoro accessorio*, in *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, a cura di L. Fiorillo - A. Perulli, Giappichelli, 2015, 263 ss.
- Tursi A.- Varesi P.A., *Istituzioni di diritto del lavoro. Rapporti di lavoro e relazioni sindacali nel settore privato*, Wolters Kluwer - Cedam, 2016.
- Valente L., *Il lavoro occasionale: precedenti e disciplina*, in *MGL*, 2017, 742 ss.
- Valente L., *Lavoro accessorio nelle recenti riforme e lavoro subordinato a "requisiti ridotti"*, in *RGL*, 2009, I, 585 ss.
- Ventura A., *Dal lavoro occasionale accessorio alle prestazioni occasionali evitando il referendum: è "PrestO" fatto*, in *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale*, a cura di D. Garofalo, Adapt University press, 2018, 527 ss.
- Zilli A., *Accessorio a chi? Lavorare per voucher dopo il D.lgs. n. 81/2015*, in *LG*, 2015, 1170 ss.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Tempo e subordinazione:
riflessioni intorno al lavoro agile**

ANNA FENOGLIO
Università di Torino

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695



Tempo e subordinazione: riflessioni intorno al lavoro agile

ANNA FENOGLIO

Università di Torino

Associata di Diritto del Lavoro

anna.fenoglio@unito.it

ABSTRACT

Taking “agile work” as a starting point, the essay analyzes the changes that the spread of new ways of working are bringing about to the notion of working time. The author first analyzes, in the light of domestic and unieuropean law, the efforts made to adapt the notions of working time and rest time to the changed production system, so as to enable their concrete measurement and curb the phenomenon of time porosity. The author also emphasizes the innovative scope of agile work at the systemic level, noting that the absence of time and place constraints can have a major impact on the notion of “subordinate employment”.

Keywords: working time; rest period; agile work; right to disconnect; subordination

[https://doi.org/ 10.6092/issn.2421-2695/15106](https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/15106)

Tempo e subordinazione: riflessioni intorno al lavoro agile

SOMMARIO: 1. Il tempo e il lavoro. 2. Il lavoro agile tra potenzialità e resistenze. 3. Tempo scelto e vincoli di durata. 3.1 La nozione uni-europea di orario resta al passo con i tempi... 3.2 ...e anche la nozione di riposo si adegua: il diritto alla disconnessione. 3.3. Uno sguardo ai primi accordi collettivi successivi al Protocollo sul lavoro agile. 4. Verso una nuova subordinazione?

1. Il tempo e il lavoro

La «tormentata relazione esistente tra il *tempo* di lavoro [...] e il procedimento di qualificazione giuridica del rapporto»⁽¹⁾ è tornata recentemente a prendersi la scena a fronte del diffondersi di nuove forme di organizzazione del lavoro che rendono sempre più difficile misurare la consistenza temporale effettiva della prestazione. Già sul finire degli anni '80, caratterizzati dal graduale declino della fabbrica fordista, erano stati individuati i segni di un profondo cambiamento del diritto del lavoro e del conseguente superamento di «un'idea di subordinazione che abbiamo profondamente interiorizzato», intesa «come continuità e coordinamento spazio-temporale rigido della prestazione, [...] come etero direzione fondata su elementi di gerarchia e autocrazia imprenditoriale»⁽²⁾. Indicazioni in tal senso potevano infatti già trarsi dalla disciplina del lavoro a domicilio⁽³⁾, da quella relativa al lavoro sportivo⁽⁴⁾ nonché da quella riguardante il lavoro a chiamata senza obbligo di risposta⁽⁵⁾: fattispecie qualificate come lavoro subordinato, benché non vi sia una strutturale soggezione del lavoratore al potere datoriale di predeterminare i vincoli di tempo e/o di spazio della prestazione lavorativa⁽⁶⁾.

Esempi altrettanto significativi possono essere ravvisati nel lavoro dirigenziale, nell'ambito del quale «il lavoratore gode di ampi margini di autonomia ed il potere di direzione del datore di lavoro si manifesta non in ordini e controlli continui e pervasivi, ma essenzialmente nell'emanazione di indicazioni generali di carattere programmatico»⁽⁷⁾; nonché nella disciplina legislativa dell'attività svolta dai docenti universitari, ove – in assenza di una regolamentazione dell'orario di lavoro – l'unico riferimento al tempo è dotato di

(1) L. Gaeta - A. Loffredo, *Tempi e subordinazioni*, in *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, B. Veneziani - V. Bavaro, Cacucci, 2009, 29.

(2) Tutte le citazioni sono tratte da M. D'Antona, *La subordinazione e oltre: una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in *Massimo D'Antona. Opere*, a cura di B. Caruso - S. Sciarra, Giuffrè, 2000, vol. III, 1222.

(3) Art. 1, l. 18 dicembre 1973, n. 877.

(4) Artt. 3 e 4, l. 23 marzo 1981, n. 91.

(5) Artt. 33 e 34, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, ora abrogati.

(6) Sul punto v. V. Bavaro, *L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli»*, *LDE*, 2022, 1, 5; M. Pallini, *La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione!*, *LLI*, 2020, 6, 2, I.83; S. Cairoli, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, 2020, 13 ss.

(7) Cass., 13 febbraio 2020, n. 3640, *Dejure*. Tale aspetto è rimarcato anche da L. Nogler, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e "regressioni" interpretative*, in A. Occhino, *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018, 40; T. Treu, *Introduzione*, in A. Occhino, *op. cit.*, XVI.

valore meramente “operativo”, riguardando il monte ore che deve essere destinato alla didattica⁽⁸⁾.

Se tali esperienze già avevano mostrato che il tempo non sempre costituisce un indice di subordinazione affidabile⁽⁹⁾, la diffusione di nuove modalità di lavoro rese mediante l'utilizzo di strumenti digitali ha dato nuovo vigore alla tesi di chi ritiene che l'osservanza di un orario determinato sia priva di valenza sul piano qualificatorio. Il crescente utilizzo della tecnologia nei rapporti di lavoro ha infatti indubbiamente contribuito a modificare il tempo e lo spazio di lavoro, vale a dire le «form[e] tradizionalmente più visibil[i] con cui il datore di lavoro eterorganizza il lavoro altrui»⁽¹⁰⁾, aprendo la possibilità per i dipendenti di svolgere la prestazione *anywhere* e *anytime*: sul fronte del luogo di lavoro «non conta più solo lo spazio corrispondente all'ambiente fisico di lavoro (biosfera), ma anche quello aggiuntivo suggestivamente chiamato dell'infosfera»⁽¹¹⁾; quanto al tempo di lavoro, stanno prendendo sempre più piede forme di sperimentazione di auto-organizzazione del lavoro, che dovrebbero consentire una pianificazione individualizzata della prestazione capace di armonizzare le esigenze dei dipendenti con quelle imprenditoriali⁽¹²⁾.

Il risultato è la possibilità di adottare un nuovo modello di «lavoro ubiquo e atemporale»⁽¹³⁾, eseguito senza postazione fissa e nel solo rispetto dei limiti di durata massima di orario determinati dalla legge e dalla contrattazione collettiva (v. *infra*, § 2).

La crescente diffusione del lavoro agile, in particolar modo, consente di determinare uno «scompaginamento delle coordinate classiche di tempo, spazio e azione»⁽¹⁴⁾: la scelta di precisare nella l. 22 maggio 2017, n. 81, che il lavoro reso in modalità agile è pur sempre lavoro subordinato anche se svolto «senza precisi vincoli di luogo e di tempo» e se realizzato mediante forme di organizzazione del lavoro «per fasi, cicli ed obiettivi» (art. 18, l. n. 81/2017) pare infatti destinata ad avere ripercussioni dogmatiche sull'interpretazione

⁽⁸⁾ L'art. 1, comma 16, della l. 4 novembre 2005, n. 230, stabilisce infatti che il trattamento economico dei professori «è correlato all'espletamento delle attività scientifiche e all'impegno per le altre attività, fissato per il rapporto a tempo pieno in non meno di 350 ore annue di didattica, di cui 120 di didattica frontale, e per il rapporto a tempo definito in non meno di 250 ore annue di didattica, di cui 80 di didattica frontale». Per una riflessione su tale disciplina v. M. Lombardi, *I tempi del tempo: sul legame interrotto fra tempo e subordinazione nel lavoro in ambito universitario*, in *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, B. Veneziani - V. Bavaro, Cacucci, 2009, 93 ss.; sul punto v. L. Gaeta - A. Loffredo, *op. cit.*, 36.

⁽⁹⁾ Ciononostante, com'è noto tale indice è richiamato da numerose pronunce: v. ad es. Cass. 25 febbraio 2019, n. 5436, *MGC*, 2019; Cass. 19 aprile 2010, n. 9252, *MGC*, 2010, 4, 561; Cass., Sez. un., 30 giugno 1999, n. 379, *MGC*, 1999, 1517.

⁽¹⁰⁾ T. Treu, *Introduzione*, cit., XIV.

⁽¹¹⁾ L. Nogler, *op. cit.*, 38.

⁽¹²⁾ Sulle modificazioni apportate ai luoghi e ai tempi di lavoro in seguito alla digitalizzazione dei sistemi produttivi v. P. Bozzao, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali, federalismi.it*, 2022, 9, 106 ss.

⁽¹³⁾ T. Treu, *Introduzione*, cit., XIV.

⁽¹⁴⁾ J. Adams-Prassl - A. Aloisi - V. De Stefano - N. Kountouris, *La Corte di Giustizia dell'Ue prende tempo? L'ordinanza Yodel e le sue (scarse) implicazioni per il lavoro tramite piattaforma*, *RGL*, 2020, 3, II, 410.

dell'art. 2094 c.c.⁽¹⁵⁾, implicando un affievolimento del datato indice della subordinazione cd. tecnico-funzionale usato nei procedimenti di qualificazione. La sottoscrizione di un patto di agilità attenua infatti la c.d. eterodirezione cui è soggetto il lavoratore, vale a dire il potere del datore di lavoro di stabilire le modalità esecutive e spazio-temporali della prestazione di lavoro, con l'inevitabile conseguenza che i vincoli in ordine al tempo e al luogo non sono più significativi ai fini della qualificazione giuridica del rapporto di lavoro⁽¹⁶⁾ (su tale questione v. *infra*, § 4).

2. Il lavoro agile tra potenzialità e resistenze

L'allentamento dei vincoli spazio-temporali apre le porte a un nuovo modo di lavorare: la piena esplicazione delle potenzialità racchiuse nella disciplina legislativa del lavoro agile potrebbe in effetti condurre alla «restituzione alle persone di flessibilità e autonomia nella scelta di spazi, tempi e (talvolta) strumenti da utilizzare a fronte di una maggiore responsabilizzazione sui risultati»⁽¹⁷⁾, promuovendo un netto cambiamento della filosofia manageriale. È stato teorizzato che tali trasformazioni potrebbero favorire la diffusione di un modello organizzativo innovativo, conosciuto con il nome di *flat organisation*, nel cui ambito i lavoratori collaborano sinergicamente per la realizzazione di obiettivi fissati dal datore di lavoro, agendo con un certo grado di consapevolezza e autonomia e assumendo la responsabilità sul risultato da raggiungere⁽¹⁸⁾. In tale quadro, la valorizzazione delle competenze del singolo e l'attribuzione di un margine di auto-organizzazione del lavoro dovrebbe tradursi in un incremento del grado di soddisfazione per i dipendenti e, di conseguenza, in un aumento della produttività per le imprese.

Tuttavia l'esperienza pratica finora maturata dimostra che solo raramente ai lavoratori che abbiano sottoscritto un patto di agilità è stato concretamente riconosciuto un margine di autonomia organizzativa: nella maggioranza delle situazioni le parti sociali

⁽¹⁵⁾ Sul tema v., fra i molti, M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WP CSDLE It. n. 337/2017; M. Martone, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di G. Zilio Grandi - M. Biasi, Cedam, 2018, 461 ss.; C. Spinelli, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari 2018; R. Casillo, *La subordinazione agile*, DLM, 2017, 2, 529 ss.; A. Levi, *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, RGL, 2019, 1, I, 25 ss.

⁽¹⁶⁾ Sul punto v. V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclofattorini)*, *Labor*, 2020, 6, 688; P. Tullini, *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, a cura di A. Perulli, Cedam, 2018, 190; G. De Simone, *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, RGL, 2019, 1, I, 12.

⁽¹⁷⁾ È questa la definizione di *smart work* elaborata dall'Osservatorio *smart working* del Politecnico di Milano.

⁽¹⁸⁾ Sui nessi esistenti fra la diffusione del lavoro agile e l'adozione di un nuovo modello di organizzazione produttiva v. F. Butera, *Le condizioni organizzative e professionali dello smart working dopo l'emergenza: progettare il lavoro ubiquo fatto di ruoli aperti e di professioni a larga banda*, *Studi organizzativi*, 2020, 1, 142 ss.; M.C. Ambra, *Dal telelavoro coatto al lavoro ubiquo. Lo smart working dopo l'emergenza*, *QRS*, 2020, 3-4, 81 ss.; M.T. Carinci - A. Ingraio, *Il lavoro agile: criticità emergenti e proposte per una riforma*, *LLI*, 2021, 7, 2, R.16 ss.; M. Tufo, *Il lavoro agile emergenziale: un mosaico difficile da ricomporre tra poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, RGL, 2021, 1, I, 41 s.

hanno infatti realizzato soltanto blande forme di allentamento dei vincoli temporali⁽¹⁹⁾, rimanendo così limitato il numero di aziende che riconosce una piena libertà di auto-organizzazione del tempo⁽²⁰⁾. Lo spazio di autonomia organizzativa è stato peraltro in gran parte soppresso durante la pandemia da COVID-19, quando al fine di consentire la prosecuzione delle attività produttive salvaguardando la salute e la sicurezza dei dipendenti si è fatto ricorso in maniera massiccia ad una forma di lavoro da remoto che ha davvero poco a che vedere con il lavoro agile tipizzato dalla l. n. 81/2017 e che ha perlopiù comportato lo svolgimento della prestazione nel domicilio del dipendente durante l'orario di lavoro normalmente rispettato in azienda⁽²¹⁾.

In vista della graduale uscita dall'emergenza pandemica, la piena esplicazione delle potenzialità del lavoro agile sembra ora promossa dal Protocollo nazionale sottoscritto da Governo e parti sociali il 7 dicembre 2021: pur non innovando significativamente il quadro normativo già delineato dalla l. n. 81/2017⁽²²⁾, il Protocollo ha il merito di precisare che la «giornata lavorativa svolta in modalità agile si caratterizza per l'assenza di un preciso orario di lavoro e per l'autonomia nello svolgimento della prestazione nell'ambito degli obiettivi prefissati, nonché nel rispetto dell'organizzazione delle attività assegnate dal responsabile a garanzia dell'operatività dell'azienda e dell'interconnessione tra le varie funzioni aziendali» (art. 3.1). Le parti sociali hanno dunque non solo confermato ma anche ribadito con forza che la possibilità di lavorare *anytime* costituisce la caratteristica tipica del lavoro agile, la cui prestazione deve pur sempre svolgersi nel rispetto dei limiti di durata massima previsti dalla legge: l'adozione di modalità di organizzazione del lavoro basate sull'auto-organizzazione dei dipendenti e sul raggiungimento di obiettivi è stata dunque fortemente incentivata dalle parti sociali, con l'obiettivo di favorire la piena esplicazione di tutte le potenzialità racchiuse nella disciplina legislativa e ancora non espresse dal lavoro agile.

⁽¹⁹⁾ Alcuni accordi collettivi hanno individuato una fascia oraria (di ampiezza variabile) in cui la prestazione deve essere resa, prevedendo talvolta l'obbligatoria connessione o almeno la reperibilità in un determinato arco temporale. Per una recente analisi degli accordi collettivi in materia v. M. Aimo - A. Fenoglio, *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, *Labor*, 2021, 1, 40 ss.

⁽²⁰⁾ Come è facile immaginare, si tratta per lo più di imprese all'avanguardia, fortemente votate allo sviluppo e all'impiego di nuovi strumenti e modalità di lavoro: v. *L'Approfondimento delle esperienze più significative di lavoro agile realizzate a livello pubblico e privato sia in ambito nazionale sia internazionale* realizzato dal Politecnico di Milano su incarico della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le pari opportunità nell'ambito del progetto "Lavoro agile per il futuro della PA", PON Governance e capacità istituzionale 2014/2020.

⁽²¹⁾ Per un'analisi del lavoro agile emergenziale v., fra i molti, M. Brollo, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, in V. Filì (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, Adapt University Press, 2020, 167 ss. Per un'interessante analisi in chiave multidisciplinare del lavoro agile c.d. patologico v. gli scritti raccolti nel numero monografico di *Meridiana*, in corso di pubblicazione, *Lavorare distanti. Lo smart working da emergenziale a strutturale*.

⁽²²⁾ La medesima opinione è condivisa da P. Ichino, *Un protocollo poco innovativo ma non inutile*, *LDE*, 2021, 4, 1, a cui si rinvia per un'attenta disamina dell'accordo. Cfr. anche A. Asnaghi, *Il Protocollo delle Parti Sociali sul Lavoro Agile: montagne che han partorito un topolino?*, *LDE*, 2021, 4, 1.

Tale modalità di lavoro potrebbe consentire di sperimentare un'organizzazione dell'attività produttiva differente, fondata sul raggiungimento di obiettivi: rimettendo alla discrezionalità dei lavoratori la scelta non solo della collocazione oraria della prestazione ma la sua stessa durata, il tempo da dedicare all'attività lavorativa potrebbe essere definito dai dipendenti in modo variabile in funzione all'entità dell'obiettivo di volta in volta assegnatogli dal datore di lavoro, pur nel rispetto dei tetti massimi di durata della prestazione previsti da legge e contratti collettivi. Secondo tale modello spetterebbe dunque al datore di lavoro definire non più la dimensione cronologica della prestazione che deve essere resa, quanto la dimensione «produttiva nell'unità di tempo stabilita»⁽²³⁾: individuando i carichi di lavoro dei dipendenti in maniera tale da garantire conformità tra il risultato prodotto da ciascuno e l'orario massimo di lavoro, si rimetterebbe al lavoratore la libertà di definire non solo quando lavorare ma anche la «durata della prestazione in base all'intensità produttiva, cioè al ritmo di lavoro»⁽²⁴⁾ che ciascun lavoratore decide di adottare.

Occorre però muoversi con prudenza tenendo presente che, se non adeguatamente temperato da solidi correttivi, l'allentamento dei vincoli di orario e il superamento del tradizionale criterio adottato per quantificare la prestazione svolta (e, di conseguenza, la retribuzione maturata) porta con sé pericoli non trascurabili. Preoccupa, perciò, il fatto che il Protocollo – pur ravvisando nel lavoro agile una modalità di lavoro «meno piramidale e più orientata a obiettivi e fasi di lavoro» – si sia astenuto dall'individuare le modalità con cui definire i carichi di lavoro affidati ai lavoratori, rinunciando così a indicare strumenti concreti con cui rendere possibile il difficile equilibrio fra «una migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, nell'interesse del lavoratore» e «un'organizzazione più produttiva e snella, nell'interesse del datore di lavoro»⁽²⁵⁾. È chiaro, infatti, che la definizione delle metriche utilizzate per determinare il carico di lavoro dei dipendenti riveste un'importanza strategica onde evitare che il lavoro per obiettivi si traduca in forme di iper-sfruttamento della capacità lavorativa, che – fissando traguardi produttivi non proporzionati al tempo di lavoro – finirebbero per indurre i dipendenti a continuare a lavorare fuori orario. Oltre ad incrementare le difficoltà già oggi ravvisate dai lavoratori agili nel separare il tempo dedicato all'attività professionale e quello riservato alla propria vita privata, una simile organizzazione lavorativa tesa allo sfruttamento della forza-lavoro potrebbe peraltro favorire un pericoloso scivolamento verso il ritorno al cottimo.

Proprio al fine di circoscrivere tali rischi, le parti sociali europee hanno rimarcato nel *Framework Agreement on Digitalisation* sottoscritto il 22 giugno 2020⁽²⁶⁾ la persistenza anche nel lavoro digitale di un nesso indissolubile fra tutela della salute e rispetto dei limiti massimi

⁽²³⁾ V. Bavaro, *L'orario di lavoro agile*, cit., 12.

⁽²⁴⁾ *Ibidem*.

⁽²⁵⁾ Tutte le citazioni sono tratte dal Protocollo.

⁽²⁶⁾ Sull'accordo firmato da European Trade Union Confederation e da BusinessEurope, Ceep, Sme United, v. A. Rota, *Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, *LLI*, 2020, 6, 2, C. 24 ss.; I. Senatori, *The European Framework Agreement on Digitalisation: a Whiter Shade of Pale?*, *ILLJ*, 2020, 13, 2, 159 ss.; T. Treu, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, *federalismi.it*, 2022, 9, 202.

in materia di orario, su cui si fonda la direttiva n. 2003/88, sottolineando la necessità di prevenire il rischio di una difficile separazione tra il lavoro e la vita personale derivante dal crescente utilizzo di strumenti tecnologici e promuovendo la diffusione di linee guida e informazioni per lavoratori e datori di lavoro sulle modalità con cui garantire il rispetto delle norme in materia di orario di lavoro, così da ridurre al minimo i rischi per la salute derivanti dall'eccessiva connessione. Proprio a tal fine l'accordo precisa che i datori di lavoro dovrebbero impegnarsi ad evitare di contattare i dipendenti fuori orario e le parti dovrebbero definire congiuntamente le modalità di organizzazione del lavoro e il carico di lavoro, in modo tale che l'attività richiesta per ciascun dipendente non spinga il lavoratore a prestare servizio fuori orario o, al contrario, non sia tale da renderlo oggetto di accuse di lassismo da parte dei colleghi.

La necessità di individuare un equo bilanciamento fra risultati da raggiungere e il tempo di lavoro, adeguato alle istanze produttive ma al contempo «a misura dell'uomo che lavora»⁽²⁷⁾, meriterebbe dunque di essere affrontata con attenzione, attribuendo una specifica competenza in materia alla contrattazione collettiva così da consegnare nelle mani delle parti sociali il «grimaldello dell'organizzazione temporale delle prestazioni»⁽²⁸⁾. Stante la scelta dell'attuale Governo di non apportare modifiche alla l. n. 81/2017⁽²⁹⁾ e il silenzio del Protocollo su questo specifico punto, resta la speranza che – quanto meno nei settori produttivi maggiormente all'avanguardia – le parti sociali si facciano carico spontaneamente della questione stabilendo che, qualora il lavoro agile sia organizzato sulla base di obiettivi, il carico di lavoro debba essere definito dal datore di lavoro in sinergia con le organizzazioni sindacali: così facendo la fonte collettiva dimostrerebbe di assumere davvero su di sé il ruolo di «fonte privilegiata di regolamentazione dello svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile» riconosciutale dal Protocollo.

3. Tempo scelto e vincoli di durata

Pur ammesso dalla legge e promosso dal Protocollo, il lavoro agile organizzato sulla base degli obiettivi da raggiungere non trova al momento consistente applicazione pratica. Ben più diffuso è invece il modello di lavoro agile in cui la prestazione svolta viene parametrata al tempo di lavoro.

Tale secondo prototipo a sua volta ricomprende due tipologie di lavoro da remoto: la prima prevede anche per la parte della prestazione svolta al di fuori dei locali aziendali il

⁽²⁷⁾ M.T. Carinci - A. Ingraio, *op. cit.*, 55.

⁽²⁸⁾ M.T. Carinci - A. Ingraio, *op. cit.*, 35. Secondo le autrici occorrerebbe «porre in capo al datore di lavoro un obbligo di informazione nei confronti delle RSA/RSU (o, in caso di assenza, il sindacato territoriale) circa le metriche utilizzate per stimare il tempo necessario a raggiungere un certo obiettivo e dovrebbe altresì porre un obbligo di codeterminazione fra datore e RSA/RSU (o sindacato territoriale) per la determinazione dei tempi di lavoro».

⁽²⁹⁾ Nonostante l'elevato numero di disegni di legge presentati in Parlamento: i dieci disegni di legge già depositati alla Camera dei Deputati sono stati recentemente riunificati nell'unico testo C.2908 del 16 marzo 2022; altre due proposte di legge sono state presentate al Senato.

rispetto dei vincoli orari normalmente applicati in azienda. Entro questa veste il lavoro agile è stato spesso forzatamente costretto nei primi anni di applicazione e durante il periodo legato all'emergenza sanitaria, quando i lavoratori hanno continuato a lavorare da casa secondo i ritmi normalmente applicati in azienda. Tale modalità di lavoro, in verità, ha poco a che vedere con il lavoro agile disciplinato dalla l. n. 81/2017 e non a caso le Linee guida sullo *smart working* nel pubblico impiego adottate dal Ministero per la pubblica amministrazione nell'ottobre 2021 hanno opportunamente scelto di differenziare i due istituti, contribuendo a fare chiarezza sul punto⁽³⁰⁾.

Certamente più innovativo e maggiormente in linea con la *ratio* della l. n. 81/2017, che com'è noto individua nel lavoro agile uno strumento con cui favorire la conciliazione fra vita privata e vita professionale, è invece il modello di lavoro da remoto nell'ambito del quale il lavoratore, pur non potendo scegliere *quanto* lavorare (come potenzialmente ammesso dal lavoro per obiettivi), può definire *quando* svolgere la prestazione: la misurazione dell'entità dell'attività svolta e, conseguentemente, la retribuzione restano così parametrare sulla base del numero di ore lavorate, pur rimettendo ai dipendenti un margine di libertà nel collocare il tempo di lavoro, generalmente all'interno di fasce orarie definite dagli accordi collettivi. Se nei primi anni successivi all'emanazione della l. n. 81/2017 tale modalità di lavoro ha faticato a prendere piede⁽³¹⁾, la situazione è mutata a partire dal superamento della fase più critica dell'emergenza pandemica, quando su impulso del Protocollo nazionale la contrattazione collettiva (specie di livello aziendale) ha cominciato a regolamentare con maggiore frequenza questa più innovativa modalità di lavoro (v. *infra*, § 3.3 per l'analisi di alcuni recenti accordi collettivi).

Pur riconoscendo uno spazio all'auto-organizzazione dei dipendenti, il legislatore nel disciplinare il lavoro agile reso senza «precisi vincoli di orario» ha però imposto anche per la prestazione svolta da remoto il rispetto dei «limiti di durata massima dell'orario di

⁽³⁰⁾ A differenza del Protocollo per il lavoro agile sottoscritto nel settore privato, le Linee guida redatte per il settore pubblico affiancano alla disciplina del lavoro agile la regolamentazione del lavoro da remoto «con vincoli di tempo», prestatore «nel rispetto dei conseguenti obblighi di presenza derivanti dalle disposizioni in materia di orario di lavoro, attraverso una modificazione del luogo di adempimento della prestazione lavorativa che comporti la effettuazione della prestazione in luogo idoneo e diverso dalla sede dell'ufficio al quale il dipendente è assegnato», cogliendo e enfatizzando la differenza esistente fra le due modalità di lavoro da remoto. Sulle Linee guida v. P. Bozzao, *op. cit.*, 122. Più in generale sulla disciplina del lavoro agile nel settore pubblico v. L. Zoppoli, *Riformare ancora il lavoro pubblico? L'«ossificazione» delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del POLA*, LPA, 2021, 1, 3; R. Brunetta - M. Tiraboschi, *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione: prospettive e criticità*, Bollettino Adapt, Working Paper, 2021, 10; M. Esposito, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smartworking oltre l'emergenza*, La Tribuna, 2020, 147.

⁽³¹⁾ Nei primi anni di applicazione dell'istituto, l'agilità ha infatti spesso riguardato esclusivamente il luogo della prestazione e non anche il tempo di lavoro, che ha in genere continuato a coincidere con la fascia oraria in cui l'attività viene resa nei locali aziendali (così ad es. l'Accordo 15 maggio 2019 per i Servizi riscossione tributi; l'Accordo 11 maggio 2020 Voihotels; l'Accordo 21 luglio 2020 Groupama Assicurazioni; l'Accordo 31 agosto 2018 Gruppo Ubi Banca; l'accordo 20 luglio 2018 Telespazio).

lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva»⁽³²⁾ (così l'art. 18 della l. n. 81/2017). Nei confronti dei lavoratori agili non trova dunque applicazione la deroga prevista dall'art. 17, comma 5, del d.lgs. n. 66/2003, che (ricalcando l'art. 17, par. 1, della direttiva n. 2003/88) esclude l'applicazione delle norme in materia di orario normale, orario massimo settimanale, lavoro straordinario e riposo giornaliero: tale deroga, così come chiarito dalla Corte di giustizia, trova infatti applicazione con riguardo ai soli «lavoratori il cui orario di lavoro *nella sua interezza* non è misurato o predeterminato o può essere determinato dai lavoratori stessi, a causa della natura dell'attività esercitata»⁽³³⁾, fra i quali non rientrano i lavoratori agili. A differenza del telelavoro e del lavoro a domicilio (richiamati espressamente dalla norma), il lavoro agile prevede infatti l'alternanza fra attività lavorativa resa all'esterno e all'interno dei locali aziendali, restando almeno quest'ultima frazione di tempo certamente misurabile⁽³⁴⁾.

Si deve pertanto ritenere che anche con riguardo alla prestazione svolta in modalità agile sia necessario adottare «un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore»⁽³⁵⁾, richiesto dai giudici di Lussemburgo al fine di assicurare l'effetto utile dei diritti fondamentali a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali sanciti dall'articolo 31, paragrafo 2, della Carta di Nizza e previsti dalla direttiva n. 2003/88. È però evidente che, in un contesto in cui una parte della prestazione può essere svolta al di fuori della sede aziendale nel tempo scelto dal lavoratore, l'individuazione delle concrete modalità con cui verificare l'effettivo rispetto dei tetti massimi in materia di orario di lavoro e dei periodi minimi di riposo pone alcune difficoltà: difficoltà che (come si vedrà *infra*, § 3.1 e 3.2) possono essere affrontate grazie ad alcuni spunti interpretativi offerti dalla giurisprudenza dell'Unione, che già ha avuto occasione di rimarcare come «la tecnologia attuale consent[a] i più svariati sistemi di rilevazione dell'orario di lavoro (registri cartacei, applicazioni informatiche, badge elettronici), sistemi che potrebbero anche essere differenziati a seconda delle caratteristiche e delle esigenze delle singole imprese»⁽³⁶⁾. Come a dire che l'evoluzione tecnologica e la conseguente

⁽³²⁾ La norma, nell'utilizzare come parametro il limite della durata massima dell'orario di lavoro giornaliero derivante dalle disposizioni legislative e contrattuali, è scritta tuttavia in termini imprecisi: com'è noto, infatti, il d.lgs. n. 66/2003 non fissa alcun tetto massimo alla prestazione giornaliera ma si limita a prevedere l'orario di lavoro massimo settimanale, calcolabile peraltro come media in un periodo di tempo piuttosto lungo.

⁽³³⁾ C. giust. 7 settembre 2006, C-484/04, *Commissione vs Regno Unito*, punto 20; C. giust. 26 luglio 2017, C-175/16, *Hähv*, punto 49 (c.m.).

⁽³⁴⁾ Così V. Leccese, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, RGL, 2020, 3, II, 436. Su tale aspetto v. anche S. Cairoli, *op. cit.*, 132 ss.

⁽³⁵⁾ C. giust. 14 maggio 2019, C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)*, punti 60 e 62. Per un commento a tale sentenza v. V. Leccese, *op. cit.*, 436; F. Siotto, *Orario di lavoro e obbligo di registrazione con sistema «oggettivo, affidabile e accessibile»*, RIDL, 2019, 4, II, 697.

⁽³⁶⁾ Così le conclusioni dell'avvocato generale G. Pitruzzella presentate il 31 gennaio 2019 nell'ambito della causa C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras*, punto 87. Tale passaggio è richiamato nel punto 47 della sentenza della Corte.

diffusione di modalità di lavoro innovative non possono giustificare deroghe agli obblighi posti dalla direttiva n. 2003/88 a tutela della salute e della sicurezza dei dipendenti e l'inevitabile regresso delle tutele che ne deriverebbe.

3.1 La nozione uni-europea di orario resta al passo con i tempi...

È tuttavia innegabile che la smaterializzazione del luogo di svolgimento della prestazione porta con sé una accresciuta difficoltà nell'individuazione del tempo di lavoro: al fine di consentire la concreta misurazione di quest'ultimo assume dunque fondamentale importanza chiarire quali siano gli elementi necessari per qualificare un determinato periodo di tempo come "orario di lavoro" quando la prestazione sia svolta da remoto. A tal fine la sola presenza di uno stato attivo di connessione telematica non può chiaramente essere sufficiente, dovendosi piuttosto verificare la sussistenza degli elementi che – a norma dell'art. 2, comma 1, della direttiva n. 2003/88, recepito dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 66/2003 – costituiscono la nozione di orario, vale a dire l'essere al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio dell'attività o delle proprie funzioni. Com'è noto, la Corte di giustizia ha in più occasioni ribadito che i tre elementi devono concorrere, pur fornendone un'interpretazione molto elastica: consapevoli degli ostacoli che l'applicazione della direttiva n. 2003/88 potrebbe dover affrontare dinnanzi a modalità di lavoro innovative, i giudici di Lussemburgo hanno infatti progressivamente ampliato la nozione di orario di lavoro.

Dopo aver ammorbidito il vincolo dell'effettivo esercizio dell'attività o delle funzioni⁽³⁷⁾, la Corte ha infatti recentemente disancorato la nozione di orario dal requisito della presenza fisica del lavoratore nel luogo indicato dal datore⁽³⁸⁾. Giungendo a considerare come orario di lavoro il periodo di reperibilità svolto dal lavoratore presso il suo domicilio in ragione dello stretto arco temporale con cui avrebbe dovuto raggiungere il luogo di lavoro in caso di chiamata, i giudici di Lussemburgo hanno infatti tenuto conto del pregiudizio subito dal dipendente affermando che per valutare se un frammento di tempo costituisca orario di lavoro occorre verificare la sussistenza di vincoli in capo al lavoratore «di natura tale da pregiudicare in modo oggettivo e assai significativo la facoltà, per quest'ultimo, di gestire liberamente, nel corso del periodo in questione, il tempo durante il

⁽³⁷⁾ A partire dalle note pronunce C. giust. 3 ottobre 2000, C-303/98, *Simap* e C. giust. 9 settembre 2003, C-151/02, *Jaeger*.

⁽³⁸⁾ Un primo passo in tal senso è stato compiuto dalla sentenza C. giust. 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*, a seguito della quale l'attesa presso il proprio domicilio non è più ritenuta indicativa di una reale possibilità di autodeterminazione della temporalità del lavoratore. Il vincolo riguardante la collocazione fisica del dipendente ha perso ulteriormente rilevo a seguito delle recenti le pronunce C. giust. 9 marzo 2021, *Stadt Offenbach am Main*, C-580/19; C. giust. 9 marzo 2021, *Radiotelevizija Slovenija*, C-344/19; C. giust. 17 luglio 2021, *Republika Slovenija*, C-742/19; C. giust. 9 settembre 2021, C-107/19, *Dopravni podnik*. Per un'analisi del ricco filone giurisprudenziale riguardante la nozione di orario di lavoro v. G. Ricci, *La «scomposizione» della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, RGL, 2021, 3, II, 323. Cfr. anche P. Bozzao, *op. cit.*, 112 s.

quale i suoi servizi professionali non sono richiesti e di dedicare questo tempo ai propri interessi»⁽³⁹⁾.

Accertato il progressivo degrado del requisito spaziale a «criterio non determinante ai fini della qualificazione del tempo»⁽⁴⁰⁾ come orario di lavoro, la giurisprudenza della Corte ha, per converso, attribuito un crescente rilievo al requisito connesso alla disponibilità: elemento non sempre di facile accertamento, che deve essere verificato «sulla base di una valutazione qualitativa e quantitativa dei vincoli imposti al lavoratore»⁽⁴¹⁾.

Calate nel contesto del lavoro agile, le precisazioni fornite dalla più recente giurisprudenza contribuiscono a circoscrivere il rischio che la «liquidità del tempo di lavoro» tipica del lavoro agile finisca per alterare «la separazione binaria tra tempi di lavoro e non lavoro nonché [...] i criteri per l'individuazione della prestazione effettiva e della mera disponibilità»⁽⁴²⁾: benché l'evoluzione delle tecnologie utilizzate nel lavoro abbia «stravolto le variabili “luogo” e “tempo” tradizionalmente intese, riducendo tanto le barriere “spaziali” quanto quelle “temporali”»⁽⁴³⁾, le pronunce in questione mostrano che il carattere binario del tempo accolto dalla direttiva n. 2003/88 continua a rappresentare la pietra angolare su cui è fondata la costruzione della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

La fluidità spazio-temporale tipica del lavoro agile rende tuttavia talora difficile garantire l'effettività sul piano pratico della separazione fra il tempo di lavoro e il tempo di riposo. Benché l'art. 18, comma 1, l. n. 81/2017 riconosca che l'attività debba essere svolta «entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva», i dati dimostrano infatti che la prestazione agile spesso si estende ben al di là dell'orario normale, peraltro senza che l'attività eccedente sia retribuita con le maggiorazioni previste per il lavoro straordinario⁽⁴⁴⁾: tale fenomeno può

⁽³⁹⁾ C. giust. C-344/19, *Radiotelevizija Slovenija*, cit., punto 37; C. giust. C-580/19, *Stadt Offenbach am Mai*, cit., punto 44; C. giust. C-107/19, *Dopravni podnik*, cit., punto 34.

⁽⁴⁰⁾ G. Ricci, *op. cit.*, 328.

⁽⁴¹⁾ S. Bellomo - L. Rocchi, *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, RIDL, 2021, II, 341. Pur favorevole ad una estensione nella nozione di orario di lavoro, sul piano applicativo la Corte ha assunto una posizione di cautela, individuando alcuni indici che devono essere verificati al fine di valutare l'intensità dei vincoli a cui è sottoposto il lavoratore. Nel valutare se il periodo di reperibilità debba essere nel caso concreto considerato come orario di lavoro, la Corte ha rimarcato la significatività di alcuni elementi, quali l'entità del periodo temporale di cui il lavoratore dispone per riprendere l'attività lavorativa dal momento in cui il datore lo richiede, la frequenza osservata a posteriori delle prestazioni rese durante il periodo di reperibilità, la durata degli interventi che sono stati effettuati. Non sono invece rilevanti gli elementi soggettivi che attengono alla sfera del lavoratore, quali la distanza che separa il domicilio liberamente scelto dallo stesso dal luogo di lavoro, nonché il carattere delle attività di svago che il lavoratore sceglie di svolgere né il luogo in cui quest'ultimo decide, per sua scelta, di trascorrere il periodo di reperibilità.

⁽⁴²⁾ Rischio evidenziato da M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, DSL, 2017, 26.

⁽⁴³⁾ P. Rausei, *Il lavoro agile*, DPL, 2017, 5, inserto, II.

⁽⁴⁴⁾ Lo stesso Protocollo sul lavoro agile stabilisce infatti che «salvo esplicita previsione dei contratti collettivi nazionali, territoriali e/o aziendali, durante le giornate in cui la prestazione lavorativa viene svolta in modalità agile non possono essere di norma previste e autorizzate prestazioni di lavoro straordinario» (art. 3, comma 4).

essere addebitato non solo all'attribuzione al lavoratore di un carico di lavoro eccessivo, non adeguato al tempo di lavoro previsto, ma anche al mantenimento attivo della connessione informatica oltre il termine dell'orario di lavoro, che finisce per esporre il dipendente a comunicazioni di carattere lavorativo anche durante i momenti di riposo. Affinché le tutele previste per i lavoratori agili abbiano carattere effettivo e possano dirsi conformi al diritto dell'Unione, così come arricchito dall'incessante opera interpretativa effettuata dalla Corte di giustizia, è dunque fondamentale individuare strumenti con cui garantire la misurabilità del tempo di lavoro svolto da remoto e, simmetricamente, il godimento dei periodi minimi di riposo: importanza strategica assume dunque il concreto riconoscimento del diritto alla disconnessione.

3.2 ...e anche la nozione di riposo si adegua: il diritto alla disconnessione

Dalla giurisprudenza appena richiamata possono naturalmente trarsi utili indicazioni anche per quanto riguarda la definizione del tempo di riposo: tale frazione di tempo – che, com'è noto, si ricava per esclusione, comprendendo ogni periodo non rientrante nell'orario di lavoro⁽⁴⁵⁾ – coincide infatti con il tempo “liberato” dalle interferenze della sfera lavorativa, nell'ambito del quale il lavoratore può «gestire il suo tempo» e «dedicarsi ai propri interessi senza grossi vincoli»⁽⁴⁶⁾, realizzando appieno la sua personalità.

Benché orario di lavoro e tempo di riposo si collochino ai reciproci antipodi, è tuttavia nota la difficoltà spesso riscontrata sul piano pratico dai lavoratori nel separare concretamente i due emisferi del tempo, evitando reciproche interferenze: difficoltà che, a causa dell'elevato utilizzo di strumenti digitali, si verificano con maggiore frequenza nell'ambito del lavoro da remoto. Al fine di contrastare il fenomeno della c.d. porosità del tempo, assume rilievo centrale il riconoscimento del diritto alla disconnessione, enunciato dal legislatore italiano ad opera dell'art. 19, l. 81/2017 ma, com'è noto, bisognoso di una espressa regolamentazione ad opera dell'accordo individuale per assumere carattere effettivo. Proprio l'effettività è, a ben vedere, uno dei principali problemi posti da tale diritto: problema avvertito con ancora maggiore rilievo nel periodo pandemico giacché la deroga alla necessaria sottoscrizione dell'accordo individuale introdotta per affrontare

⁽⁴⁵⁾ La Corte di giustizia ha infatti precisato che la nozione di orario di lavoro «va intesa in opposizione al periodo di riposo, ciascuna delle due nozioni escludendo l'altra»: C. giust., C-151/02, *Jaeger*, cit., punto 48; C. giust., C-303/98, *Simap*, cit., punto 47.

⁽⁴⁶⁾ C. giust. C-580/19, *Stadt Offenbach am Mai*, cit, punto 39. Sul periodo di riposo si veda anche la sentenza C. giust. 17 marzo 2021, C-585/19, *Academia de Studii Economice din București*, concernente le modalità di calcolo del periodo di riposo nel caso in cui il lavoratore sia parte di una pluralità di contratti con lo stesso datore di lavoro.

l'emergenza⁽⁴⁷⁾ ha determinato un vuoto normativo in materia⁽⁴⁸⁾, aggravato dal fatto che nei primi anni di applicazione della legge soltanto un numero ridotto di accordi collettivi aveva regolamentato il diritto di non rispondere⁽⁴⁹⁾.

Non è tuttavia questo l'unico elemento di debolezza della norma. Spicca in particolare – oltre alla mancata regolamentazione delle sanzioni da applicare in caso di sua violazione – l'eccessiva limitazione del campo d'applicazione del diritto: stante il progressivo incremento nell'utilizzo di dispositivi informatici anche nelle attività lavorative rese secondo modalità tradizionali, la scelta del legislatore italiano di riconoscere il diritto allo *switch off* soltanto per i lavoratori agili appare priva di giustificazione e anacronistica, rendendo non più procrastinabile l'estensione del medesimo diritto a tutti i lavoratori, a prescindere dalla sottoscrizione di un accordo di agilità⁽⁵⁰⁾.

L'opportunità di riconoscere tale diritto con riguardo a tutti i lavoratori è del resto enfatizzata a livello uni-europeo, ove la necessità di prevenire il rischio di una difficile separazione tra il lavoro e la vita personale derivante dal crescente utilizzo di strumenti tecnologici è stata rimarcata dal *Framework Agreement on Digitalisation*: le parti sociali europee hanno infatti promosso la diffusione di linee guida e informazioni per lavoratori e datori di lavoro sulle modalità con cui garantire il rispetto delle norme in materia di orario di lavoro, al fine di ridurre al minimo i rischi per la salute derivanti dall'eccessiva connessione.

Nel solco tracciato da tale accordo si inserisce l'iniziativa del Parlamento dell'Unione europea che, all'inizio dell'anno, ha approvato una Risoluzione con cui ha raccomandato alla Commissione l'adozione di una direttiva al fine di tutelare il diritto alla

⁽⁴⁷⁾ La deroga all'obbligatoria sottoscrizione di un accordo individuale è stata introdotta dall'art. 90, commi 3 e 4, del c.d. decreto "Rilancio" (d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77) ed è rimasta in vigore per l'intero periodo di vigenza dello stato di emergenza, il cui termine è stato via via prorogato fino al 31 marzo 2022. Alla vigilia della scadenza di tale termine, l'applicazione del c.d. lavoro agile patologico nel settore privato è stata ulteriormente prorogata fino al 30 giugno 2022 ad opera dell'art. 10, comma 2, del d.l. n. 24 del 24 marzo 2022; in sede di conversione, ad opera della l. 19 maggio 2022, n. 52, tale termine è stato ulteriormente rinviato al 31 agosto 2022 (art. 10, comma 2 *bis*).

⁽⁴⁸⁾ Proprio per porre rimedio a tale vuoto normativo il legislatore è poi intervenuto, superando la necessità di regolamentare il diritto alla disconnessione mediante accordo individuale durante il periodo emergenziale: art. 2, comma 1-ter della l. 6 maggio 2021, n. 61 (di conversione del d.l. 13 marzo 2021, n. 30). V. *infra*, nel testo.

⁽⁴⁹⁾ Stando alla Relazione del gruppo di studio lavoro agile presentata al Ministero del lavoro nel dicembre 2021, «dall'analisi dei contratti aziendali, risulta che su oltre duecento contratti solo una ottantina di essi menziona esplicitamente la disconnessione».

⁽⁵⁰⁾ In senso analogo v. A. Maresca, *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle disuguaglianze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working*, *federalismi.it*, 2022, 9, 173.

disconnessione⁽⁵¹⁾, riconoscendone il carattere di «diritto fondamentale»⁽⁵²⁾ che deve essere applicato in «tutti i settori, sia pubblici che privati, e a tutti i lavoratori, indipendentemente dal loro *status* e dalle loro modalità di lavoro»⁽⁵³⁾: diversamente dalla normativa italiana, il Parlamento Ue auspica dunque il riconoscimento di un diritto che travalichi i confini del solo lavoro da remoto, estendendosi in tutti gli ambiti lavorativi a prescindere dalla tipologia contrattuale e dalle modalità di lavoro adottate.

Pur sottolineando che ai lavoratori «dovrebbero essere garantiti una certa autonomia, flessibilità e il rispetto della sovranità sul tempo» consentendo di «organizzare il loro orario di lavoro in base alle responsabilità personali»⁽⁵⁴⁾, il Parlamento UE ha inoltre ribadito «che il rispetto dell'orario di lavoro e della sua prevedibilità è considerato essenziale per garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori e delle loro famiglie nell'Unione»⁽⁵⁵⁾, rimarcando ancora una volta l'indissolubile nesso esistente fra rispetto dei limiti massimi in materia di orario di lavoro e tutela della salute. Richiamando in proposito la giurisprudenza della Corte di giustizia⁽⁵⁶⁾, la proposta di direttiva intende affidare agli Stati membri il compito di garantire che «i datori di lavoro istituiscano un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore, nel rispetto del diritto dei lavoratori alla vita privata e alla tutela dei dati personali», riconoscendo altresì il diritto per i lavoratori di «richiedere e ottenere il registro del loro orario di lavoro»⁽⁵⁷⁾. A tal fine, «previa consultazione delle parti sociali al livello adeguato», dovranno essere garantite modalità dettagliate che consentano ai lavoratori di esercitare il diritto alla disconnessione e dovrà essere accertato «che i datori di lavoro attuino tale diritto in modo equo e trasparente»⁽⁵⁸⁾: il richiamo delle parti sociali è senz'altro opportuno, giacché la contrattazione collettiva può certamente costituire il livello di regolamentazione più adatto per garantire uno sviluppo del lavoro da remoto ordinato e aderente alla realtà da regolare.

La proposta di direttiva elenca inoltre un nucleo minimo di condizioni di lavoro che dovranno essere garantite a livello nazionale, fra cui le modalità pratiche per scollegarsi dagli strumenti digitali a scopi lavorativi e il sistema per la misurazione dell'orario di lavoro⁽⁵⁹⁾,

⁽⁵¹⁾ V. la Risoluzione del Parlamento Europeo recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione, n. 2019/2181(INL) a cui è allegata una proposta di direttiva. Il documento, approvato a dicembre 2020 dall'*Employment Committee*, è stato approvato dal Parlamento europeo il 21 gennaio 2021. Sul progetto di direttiva europea v. il contributo di E. Fiata, *L'iniziativa europea sul diritto alla disconnessione*, *LDE*, 2021, 4, 1; A. Allamprese, *Il dibattito europeo sul diritto alla disconnessione*, in *Smart Working: tutele e condizioni di lavoro*, a cura di U. Carabelli - L. Fassina, Futura, 2021, 125.

⁽⁵²⁾ Così il *considerando* H della Risoluzione. È inoltre precisato che «tale diritto dovrebbe essere considerato un importante strumento della politica sociale a livello dell'Unione al fine di garantire la tutela dei diritti di tutti i lavoratori».

⁽⁵³⁾ Art. 1 della proposta di direttiva.

⁽⁵⁴⁾ Proposta di Risoluzione, cit., punto 16.

⁽⁵⁵⁾ Proposta di Risoluzione, cit., punto 18.

⁽⁵⁶⁾ Corte giust. C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras*, cit.

⁽⁵⁷⁾ Art. 3 della proposta di direttiva.

⁽⁵⁸⁾ Art. 4 della proposta di direttiva.

⁽⁵⁹⁾ Art. 4 della proposta di direttiva.

sulla base del presupposto che anche nel lavoro digitale persiste un nesso indissolubile fra tutela della salute e rispetto dei limiti massimi in materia di orario. Particolarmente apprezzabile sono inoltre le norme con cui si intende richiedere agli Stati membri di approntare meccanismi diretti a tutelare il lavoratore da atti ritorsivi mediante un alleggerimento dell'onere della prova⁽⁶⁰⁾ e di prevedere sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive»⁽⁶¹⁾ in caso di violazione del diritto: aspetti che, come si è detto, risultano invece trascurati dalla nostra normativa interna.

I tempi per l'adozione della direttiva si preannunciano, tuttavia, piuttosto lunghi a causa dell'approvazione di un emendamento presentato dal Partito Popolare Europeo con cui è stato chiesto alla Commissione di posticipare di tre anni l'iniziativa in materia: termine che, stando alle dichiarazioni dei proponenti, dovrebbe risultare funzionale a consentire alle parti sociali di adottare misure di attuazione dell'accordo quadro sulla digitalizzazione, ma che rischia di tradursi in un'inutile dilazione⁽⁶²⁾.

Nelle more dell'emanazione della direttiva, nel nostro Paese è stato intrapreso un percorso di progressivo rafforzamento del diritto alla disconnessione grazie a interventi del legislatore e delle parti sociali. Sotto il primo profilo va segnalato che, al fine di risolvere i problemi che erano inizialmente derivati dalla deroga al vincolo della consensualità durante il periodo pandemico, è stato espressamente riconosciuto il diritto in questione per tutto il periodo emergenziale a prescindere dall'avvenuta regolamentazione mediante il patto individuale⁽⁶³⁾. Quanto alle scelte compiute dalle parti sociali, certamente apprezzabile è la volontà di ribadire il ruolo centrale ricoperto dal “diritto di non rispondere”, precisando nel Protocollo del dicembre 2021 che «la prestazione di lavoro in modalità agile può essere articolata in fasce orarie, individuando [...] la fascia di disconnessione nella quale il lavoratore non eroga la prestazione lavorativa» e rimarcando che «vanno adottate specifiche misure tecniche e/o organizzative per garantire la fascia di disconnessione» (art. 3.2), non soltanto durante i periodi di riposo ma anche a fronte delle assenze c.d. legittime (es. malattia, infortuni, permessi retribuiti, ferie, ecc.) (art. 3.5). La precisazione secondo cui il diritto alla disconnessione deve essere riconosciuto per ogni periodo di non lavoro (e non soltanto in concomitanza ai periodi di riposo giornaliero e settimanali) è senz'altro utile ma, a ben vedere, non all'altezza delle aspettative di chi attendeva dal Protocollo una regolamentazione ben più incisiva del diritto in questione, con cui individuare, ad esempio, le conseguenze sul piano sanzionatorio in caso di violazione del diritto.

La disposizione, in effetti, non brilla per particolare originalità, limitandosi a rimettere a carico degli accordi collettivi il compito di introdurre «misure tecniche e/o

⁽⁶⁰⁾ Art. 5 della proposta di direttiva.

⁽⁶¹⁾ Art. 8 della proposta di direttiva.

⁽⁶²⁾ Non a caso l'introduzione dell'emendamento è stata oggetto di rilevanti critiche da parte delle organizzazioni sindacali: v. il comunicato dell'Etuc del 19 gennaio 2021.

⁽⁶³⁾ V. l'art. 2, comma 1-ter della l. n. 61/2021. Su tale norma v. C. Timellini, *Il diritto alla disconnessione nella normativa italiana sul lavoro agile e nella legislazione emergenziale*, LDE, 2021, 4, 9 ss.; A. Fenoglio, *Una veste digitale per il diritto al riposo: il diritto alla disconnessione*, LDE, 2021, 4, 15 ss.

organizzative» con cui garantire il diritto in questione: viene dunque lasciato a tali accordi il compito di valutare se al fine di evitare comunicazione fuori orario fra datore e lavoratore sia indispensabile introdurre strumenti di “disconnessione tecnica” volti ad impedire la materiale ricezione di e-mail, telefonate o messaggistica istantanea⁽⁶⁴⁾; o se sia invece sufficiente prevedere misure organizzative certamente meno paternalistiche ma probabilmente caratterizzate da una minore efficacia⁽⁶⁵⁾. La parola viene dunque rinviata alla contrattazione collettiva: benché il lasso di tempo trascorso dalla sottoscrizione del Protocollo ancora non consenta un’analisi ad ampio spettro dell’azione delle parti sociali, può essere comunque utile dare un primo sguardo alle modalità con le quali i tempi di lavoro e di riposo dei lavoratori agili sono stati regolati dai più recenti accordi aziendali.

3.3. Uno sguardo ai primi accordi collettivi successivi al Protocollo sul lavoro agile

Il ruolo delle parti sociali è stato enfatizzato dal Protocollo sul lavoro agile, che fin dalla sua premessa ha rimarcato l’intenzione di «valorizzare la contrattazione collettiva quale fonte privilegiata di regolamentazione dello svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile». Uno dei principali limiti della l. n. 81/2017 era infatti stato individuato nella scelta di attribuire all’accordo individuale fra datore e lavoratore il compito di dettare la regolamentazione di dettaglio dell’accordo agile, trascurando il rischio che, senza opportuni correttivi, la spinta verso l’individualizzazione del rapporto di lavoro finisce per tradursi in un rafforzamento del potere datoriale: rischio evidenziato dalle ricerche empiriche svolte

⁽⁶⁴⁾ Così M.T. Carinci - A. Ingraio, *op. cit.*, 32; M.T. Carinci - A. Tursi, *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, 2020, 112; S. Magagnoli, *Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro*, *LLI*, 2021, 7, 2, C.95; la medesima opinione pare condivisa da C. Spinelli, *op. cit.*, 156. L’utilizzo di strumenti di disconnessione forzata è già stato sperimentato con successo da alcune aziende: v. ad es. *Volkswagen*, che ormai da una decina di anni spegne i *server* mezz’ora dopo la fine dei turni per poi riaccenderli trenta minuti prima dell’inizio, così da affiancare al riconoscimento del diritto alla disconnessione una vera e propria barriera all’utilizzo degli *smartphones* per comunicazioni lavorative effettuate fuori orario. Non mancano poi aziende che prevedono l’automatica cancellazione delle *e-mail* ricevute dai dipendenti durante le ferie. Su tali esperienze v. A. Fenoglio, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, *op. cit.*, 550. Piuttosto critico con riguardo all’opportunità di adottare strumenti di disconnessione forzata è invece E. Dagnino, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell’esperienza comparata*, *DRI*, 2017, IV, 1034 ss.

⁽⁶⁵⁾ Piuttosto comune è l’inserimento negli accordi collettivi di petizioni di principio con cui le parti sociali fanno affidamento sul «senso di responsabilità del singolo lavoratore, dei colleghi e dei responsabili», limitandosi poi a ribadire che durante le pause il lavoratore non è tenuto a visualizzare le comunicazioni aziendali. Talvolta gli accordi suggeriscono l’adozione di strumenti quali l’utilizzo dell’opzione di invio “ritardato recapito”, la pianificazione di riunioni nel rispetto delle normali fasce lavorative, la puntuale pianificazione della propria agenda attraverso il calendario *outlook*; in alcuni contratti viene inoltre precisato che ciascun dipendente deve impostare lo *status* dell’applicativo informatico di messaggistica istantanea aziendale, in modo da rendere conoscibile lo stato attivo o disattivo del medesimo. Si vedano ad es. l’accordo Olivetti del 28 settembre 2020, l’accordo Fastweb del 29 settembre 2020, l’accordo Trust Technologies, del 28 settembre 2020, l’accordo Flash Fiber del 28 settembre 2020 e l’accordo Telecom Italia Sparkle del 24 settembre 2020.

negli ultimi anni, che hanno mostrato come spesso alla firma del lavoratore sia sottoposto nient'altro che un format precompilato di contratto individuale⁽⁶⁶⁾.

Pur rinunciando a intaccare il ruolo affidato dalla legge all'accordo individuale, il Protocollo intende dunque rafforzare la catena fra le diverse fonti chiamate a regolare il lavoro agile, valorizzando in particolar modo il ruolo dell'autonomia collettiva⁽⁶⁷⁾: benché sia stato confermato che, terminata la situazione emergenziale, l'adesione al lavoro agile dovrà tornare a verificarsi su base volontaria mediante la sottoscrizione di un accordo individuale con cui regolare molteplici aspetti del rapporto di lavoro⁽⁶⁸⁾, le parti sociali hanno infatti dichiarato che l'obiettivo del Protocollo è fornire «linee di indirizzo che possano rappresentare un efficace quadro di riferimento per la futura contrattazione collettiva, nazionale e aziendale e/o territoriale, fermi restando gli accordi in essere anche individuali»⁽⁶⁹⁾. La fonte collettiva è stata così elevata a perno dell'assetto regolativo: del resto, la «piena adeguatezza» della contrattazione aziendale e soprattutto nazionale a regolare il lavoro agile è stata rilevata anche dal gruppo di studio nominato dal Ministero del lavoro, la cui relazione finale auspica che la regolamentazione del lavoro agile post-pandemia diventi uno dei temi di centrale importanza degli accordi collettivi⁽⁷⁰⁾.

Il rafforzamento del ruolo dell'autonomia collettiva accomuna il Protocollo che regola il lavoro agile nel settore privato alle «Linee guida sullo *smart working* nel pubblico impiego», adottate dal Ministero per la pubblica amministrazione nell'ottobre 2021. Anche tale documento, infatti, scommette sul ruolo delle parti sociali, pur conservando un ruolo di centralità per l'accordo individuale: mentre a quest'ultimo viene attribuito il compito di dare voce alle differenti esigenze personali, alla contrattazione collettiva viene affidato il ruolo di «costruire una solida rete di accompagnamento collettivo delle opzioni individuali»⁽⁷¹⁾.

Un primo banco di prova per questa stretta intersezione fra legge, autonomia collettiva e autonomia individuale è stato rappresentato dal contratto collettivo per il comparto delle funzioni centrali, sottoscritto il 5 gennaio 2022: le parti sociali hanno infatti definito le regole fondamentali del rapporto di lavoro agile, con l'obiettivo di delineare una cornice di riferimento entro cui i contratti individuali dovranno esercitare i compiti loro attribuiti dalla l. n. 81/2017. Per quanto attiene alla disciplina di orario di lavoro e riposi, in

⁽⁶⁶⁾ Per una ricerca empirica sul punto v. M. Aimo - A. Fenoglio, *op. cit.*, 45.

⁽⁶⁷⁾ Caratterizzato da un cauto ottimismo è il giudizio di L. Zoppoli, *Tra linee guida, protocolli e circolari il lavoro agile resta un irrocervo*, *RGL-giurisprudenza online*, 2022, 1, 4, secondo cui il Protocollo, nel favorire la «riattivazione di un largo e intenso dialogo sociale, [e la] valorizzazione della contrattazione», segna «piccoli passi avanti dentro il quadro legislativo esistente, innovato poco e con prudenza, ma in modo da apparire solido e promettente».

⁽⁶⁸⁾ Come già detto *supra*, la sottoscrizione di un accordo individuale tornerà ad essere obbligatoria a partire dal 1° settembre 2022.

⁽⁶⁹⁾ Così la *Premessa*.

⁽⁷⁰⁾ V. la Relazione del gruppo di studio lavoro agile, *cit.*, 7.

⁽⁷¹⁾ M. Brollo, *Dopo il protocollo: i tre pilastri dello smart working*, *Bollettino ADAPT* 13 dicembre 2021, 44.

particolare, l'accordo distingue il tempo in una "fascia di contattabilità", non superiore all'orario medio giornaliero di lavoro, nell'ambito della quale il lavoratore è contattabile sia telefonicamente che via mail o con altre modalità similari; e in una "fascia di inoperabilità", nella quale il lavoratore non può erogare alcuna prestazione lavorativa e che comprende il periodo di 11 ore di riposo consecutivo nonché il periodo di lavoro notturno.

In maniera simile si sono mossi i primi accordi aziendali sottoscritti nel settore privato all'indomani della firma del Protocollo sul lavoro agile. Fra questi spiccano l'accordo stipulato per l'azienda aerospaziale Leonardo l'8 marzo scorso e l'accordo Enel sottoscritto pochi giorni dopo, il 21 marzo, nei quali è individuata una fascia di contattabilità in cui il dipendente deve poter essere raggiunto da chiamate e e-mail⁽⁷²⁾. Il tempo di lavoro è dunque distinto in due diversi segmenti: uno comprendente i momenti in cui il dipendente svolge la sua attività non necessariamente avvalendosi di supporti informatici e/o di strumenti di comunicazione; un secondo corrispondente ai periodi in cui il lavoratore deve essere contattabile dal datore di lavoro. Mentre la prima frazione di tempo può essere liberamente collocata dal lavoratore, il periodo di contattabilità deve invece coincidere con (una parte) della fascia oraria normalmente prevista per l'attività resa in azienda, in modo tale da consentire un più agevole coordinamento fra coloro che svolgono la prestazione da remoto e i colleghi in ufficio. Tale organizzazione oraria sembra essere compatibile con l'adozione di una modalità di lavoro basata (almeno parzialmente) sull'individuazione di obiettivi che il lavoratore deve raggiungere conservando la «facoltà di gestire autonomamente l'organizzazione del proprio tempo e dell'orario di lavoro nella esecuzione delle attività»⁽⁷³⁾. È evidente che tanto più la fascia di contattabilità è ristretta tanto più la facoltà di autogestione del tempo da parte del lavoratore agile sarà effettiva, divenendo invece pressoché impalpabile qualora la fascia di contattabilità coincida con l'intero arco temporale previsto per il lavoro in presenza (come stabilito dall'accordo Leonardo).

Gli accordi in questione dedicano poi attenzione al tempo di riposo, regolamentando il diritto alla disconnessione, che viene riconosciuto non soltanto nella fascia serale e notturna⁽⁷⁴⁾ e durante le giornate di riposo settimanale e festivo, ma anche durante tutti i periodi di interruzione del lavoro, quali la pausa pranzo. L'aspetto più delicato della regolamentazione del diritto alla disconnessione continua tuttavia a riguardare le modalità con cui garantire l'effettività dello *switch off*. Le strumentazioni tecniche volte ad impedire un contatto diretto fra lavoratore e dipendente non trovano infatti spazio in questi recenti accordi, che preferiscono piuttosto confidare nel «senso di responsabilità del singolo

⁽⁷²⁾ Nell'accordo Leonardo tale fascia coincide con l'arco temporale previsto per il lavoro in presenza, mentre nell'accordo Enel è circoscritta nel periodo ricompreso tra le 10.00 e le 12.30 e tra le 14.30 e le 16.30.

⁽⁷³⁾ Art. 5, accordo Leonardo, cit.

⁽⁷⁴⁾ Nel contratto Leonardo il diritto alla disconnessione è garantito dalle 19.30 alle 8.00, mentre nel contratto Enel dalle 19.00 alle 7.30.

lavoratore, dei colleghi e dei responsabili»⁽⁷⁵⁾ e nell'applicazione di alcune buone prassi⁽⁷⁶⁾ (come l'invio di messaggi durante la normale giornata lavorativa, evitando la fascia serale/notturna e il weekend e giorni festivi; oppure l'utilizzo dell'opzione di invio "ritardato recapito"): che tali misure possano rivelarsi sufficienti per rendere il diritto alla disconnessione meno volatile di quanto si sia fino ad ora rivelato è tuttavia tutt'altro che certo.

4. Verso una nuova subordinazione?

Lasciando ora da parte le difficoltà fin qui ravvisate sul piano pratico nel separare il tempo di lavoro dal tempo di riposo e i nodi che ancora restano da sciogliere, pare utile cambiare per un attimo prospettiva, soffermandosi sulla portata innovatrice del lavoro agile a livello sistemico. L'allentamento dei vincoli di tempo e di luogo connesso a tale modalità di lavoro può infatti incidere in maniera rilevante sul prototipo "lavoro subordinato", al punto che la disciplina di tale istituto è stata considerata «inquietante rispetto alle certezze costruite intorno alla visione del lavoratore subordinato, da tempo interiorizzata, come *minus habens*, al quale si devono dispensare paternalisticamente tutele e non responsabilità»⁽⁷⁷⁾. In effetti, tale modalità di lavoro «apre l'orizzonte a una riflessione seria e sistematica [...] non solo su un *diverso modo di lavorare*, ma soprattutto su un *modo diverso di essere di chi lavora* in contesti e ambienti tecnologicamente avanzati, a forte e reale valorizzazione professionale e cognitiva»⁽⁷⁸⁾.

Il riconoscimento da parte della l. n. 81/2017 di un certo margine di autonomia in capo ai lavoratori e il graduale emergere della figura di un «dipendente responsabilizzato»⁽⁷⁹⁾, pur nel perdurare rispetto dei vincoli fondamentali posti a baluardo della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, rende l'individuazione di un punto di equilibrio tra autonomia organizzativa ed eterodirezione «la sfida principale»⁽⁸⁰⁾ posta dal lavoro agile. La previsione di spazi di autonomia all'interno della subordinazione offre, a ben vedere, l'occasione per ragionare sulla nozione stessa di subordinazione, verificando se oggi la predeterminazione dell'orario e del luogo di svolgimento della prestazione possano ancora essere considerati elementi attendibili al fine di tracciare la linea di demarcazione delle protezioni offerte dal diritto del lavoro.

⁽⁷⁵⁾ Art. 5 dell'accordo Leonardo.

⁽⁷⁶⁾ Art. 3 dell'accordo Enel.

⁽⁷⁷⁾ B. Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, RIDL, 2020, 2, I, 226.

⁽⁷⁸⁾ *Ibidem*. Per una ampia riflessione sulla nozione di subordinazione nel lavoro a distanza v. già L. Gaeta, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.

⁽⁷⁹⁾ L'espressione è di A.M. Ponzellini, *Fine dell'orario come misura del lavoro? Tecnologie, smartworking, lavoro digitale*, QRS, 2017, 3, 35, la quale rileva che i nuovi paradigmi organizzativi fanno «leva sull'interiorizzazione dell'obiettivo aziendale (la responsabilizzazione), sul nuovo ruolo dei capi e su misure di risultato», adottando «un sistema più efficiente per l'impresa, apparentemente più "umanizzato" per il dipendente».

⁽⁸⁰⁾ P. Bozzao, *op. cit.*, 123.

Il diffuso «abito mentale operaista» che «esclude la compatibilità tra subordinazione e spazi di autonomia del lavoratore» e che ritiene che il lavoratore subordinato dovrebbe essere «un soggetto necessariamente passivo che non muove un dito senza [...] direttive sull'intrinseco svolgimento del rapporto»⁽⁸¹⁾ mostra infatti le sue contraddizioni con una realtà in rapida evoluzione e caratterizzata dalla crescente responsabilizzazione del lavoratore, a cui vengono riconosciuti spazi di autonomia organizzativa sempre più consistenti. Il superamento delle barriere di tempo e luogo connesso al lavoro agile conferma che la predeterminazione dei vincoli spazio-temporali da parte del datore di lavoro non è più in grado di fornire indizi attendibili in ordine alla qualificazione del rapporto.

Allargando lo sguardo ad altri istituti, tale affermazione sembra trovare conferma nelle modifiche da ultimo apportate all'art. 2, comma 1, del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, in materia di lavoro etero-organizzato ad opera dell'articolo 1, comma 1, lett. a, del d.l. 3 settembre 2019, n. 101 (convertito dalla l. 2 novembre 2019, n. 128): l'ablazione dalla nuova definizione di prestazioni etero-organizzate del riferimento alla necessaria organizzazione da parte del committente dei tempi e del luogo di lavoro pare infatti rimarcare che tali indici non possono più essere considerati affidabili. Tale modifica legislativa può così essere ritenuta «espressione dell'intento del legislatore di espandere l'area di applicazione della disciplina del lavoro subordinato»⁽⁸²⁾, valorizzando l'idea che «l'esistenza della subordinazione non dipend[e] dall'eterodeterminazione dei tempi e del luogo della prestazione»⁽⁸³⁾.

Gli interventi normativi dettati dalla l. n. 128/2019 in materia di lavoro etero-organizzato e dalla l. n. 81/2017 sul lavoro agile paiono dunque essere accomunati dalla medesima *ratio*: vale a dire estendere le tutele a forme di lavoro sempre più destrutturate e nelle quali l'esercizio dei poteri è più sfumato. Mentre la l. n. 81/2017 estende la nozione di subordinazione a forme di lavoro rese senza vincoli di tempo e di luogo, la novella del 2019 – pur non incidendo direttamente sul concetto di subordinazione – chiarisce quali elementi occorra prendere in considerazione al fine di applicare le norme del diritto del lavoro e quali elementi invece stiano progressivamente perdendo di rilievo.

Tale interpretazione sembra trovare conferma nella nota pronuncia di Cassazione riguardante i *riders* torinesi di *Foodora*, che ha rimarcato la perdita di rilevanza – al fine della verifica sia dell'eterodirezione, sia dell'etero-organizzazione – degli storici indici legati al

⁽⁸¹⁾ Tutte le citazioni da L. Nogler, *op. cit.*, 39. Sul punto v. anche O. Razzolini, *La subordinazione ritrovata e la lunga marcia del lavoro autonomo*, *LLI*, 2020, 6, 2, I. 137, secondo cui «essere lavoratori subordinati non significa non avere autonomia esecutiva e gestionale e non godere di ampie dosi di flessibilità. Lo scambio non è e non deve essere autonomia vs tutele».

⁽⁸²⁾ M.V. Ballestrero, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, *LLI*, 2020, 6, 2, I. 11; M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, *LLI*, 2019, 5, 2, I. 44 s.; A. Perulli, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, *WP CSDLE* It. n. 410/2020, 24 e 48 s.; L. Gaeta, *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*, *LLI*, 2020, 6, 2, I. 71.

⁽⁸³⁾ M. Barbieri, *op. cit.*, 44 s. Di diverso avviso sembra essere A. Perulli, *op. cit.*, 53.

rispetto di vincoli di orario e di luogo. Secondo i giudici di legittimità, infatti, la novella del 2019 «va certamente nel senso di rendere più facile l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, stabilendo la sufficienza – per l'applicabilità della norma – di prestazioni “prevalentemente” e non più “esclusivamente” personali, menzionando esplicitamente il lavoro svolto attraverso piattaforme digitali e, quanto all'elemento della etero-organizzazione, eliminando le parole “anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”, così mostrando chiaramente l'intento di incoraggiare interpretazioni non restrittive di tale nozione»⁽⁸⁴⁾. Particolarmente significative paiono inoltre le parole con cui i giudici di legittimità nella medesima pronuncia hanno rilevato che «le modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa sono, nell'attualità della rivoluzione informatica, sempre meno significative anche al fine di rappresentare un reale fattore discretivo tra l'area della autonomia e quella della subordinazione»⁽⁸⁵⁾: affermazione con cui la Corte pare aver posto il sigillo sulla progressiva perdita di rilevanza degli storici indici legati al rispetto di vincoli di luogo e tempo di lavoro.

A sostegno del superamento delle coordinate di spazio e tempo quali indici della subordinazione depone peraltro anche una pronuncia della Corte Costituzionale di non molti anni fa, con cui è stato precisato che il coordinamento temporale della prestazione (comprendente l'organizzazione in turni e la rilevazione delle presenze) non rappresenta necessariamente un elemento costitutivo della subordinazione⁽⁸⁶⁾.

Al fine di accertare la natura del rapporto occorre dunque verificare la sussistenza di altri, più solidi, elementi: e, in particolare, come insegna la giurisprudenza costituzionale, «i “fatti” da accertare, nel contesto di una valutazione ancorata [...] al metodo sussuntivo, dovrebbero riguardare non tanto l'eterodirezione della prestazione lavorativa (che è di intensità sempre variabile e, nelle singole situazioni concrete, può anche risultare evanescente senza per questo incidere sulla qualificazione del rapporto), quanto la sussistenza di quella condizione di doppia alienità, che esprime un assetto d'interessi proprio ed esclusivo del lavoro subordinato»⁽⁸⁷⁾. La c.d. teoria della doppia alienità (vale a dire alienità del risultato produttivo e alienità dei mezzi di produzione) elaborata venticinque anni fa dalla Corte Costituzionale⁽⁸⁸⁾ pare infatti l'unico elemento in grado di consentire la composizione di controversie sorte nell'attuale contesto produttivo, caratterizzato da profonde trasformazioni del lavoro e del modo di lavorare.

Le riforme legislative del 2017 in tema di lavoro agile e del 2019 in tema di lavoro etero-organizzato sembrano dunque aver realizzato, seppur in maniera indiretta e attraverso

⁽⁸⁴⁾ Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, *RIDL*, 2020, II, 76 ss.

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁶⁾ C. cost., 7 maggio 2015, n. 76, *FI*, 2015, 6, 1849. Con tale pronuncia la Consulta ha riconosciuto il carattere autonomo dell'attività lavorativa resa da infermieri all'interno degli istituti di pena, ritenendo che l'organizzazione in turni di lavoro e la verifica delle presenze costituiscano elementi meramente funzionali al fine di garantire il «necessario coordinamento con l'attività dell'amministrazione», anche in ragione del peculiare luogo in cui la prestazione era svolta.

⁽⁸⁷⁾ M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2015, VI ed., 52 s.

⁽⁸⁸⁾ C. cost., 5 febbraio 1996, n. 30, *DeL*, 1996, 616.

un percorso piuttosto tortuoso, un'opera di riscrittura della nozione di lavoro subordinato⁽⁸⁹⁾ grazie alla quale ampliare le maglie della nozione giuridica di subordinazione adeguandola ad una realtà in costante trasformazione. Sembrerebbe dunque che la corretta nozione di subordinazione, «già presente *in nuce* nel disposto dell'art. 2094 cod. civ.»⁽⁹⁰⁾, attendesse gli stravolgimenti derivanti dalla rivoluzione digitale dei sistemi produttivi e la conseguente crescente complessità e diversificazione dei modi di lavorare per essere disvelata compiutamente⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁹⁾ Così anche M. Barbieri, *op. cit.*, 45, secondo cui «il legislatore ha operato per una via sistematicamente tortuosa proprio la riforma dell'art. 2094 c.c. che aveva deciso politicamente di non affrontare». Del medesimo avviso è A. Levi, *op. cit.*, 31, secondo il quale «è pienamente percepibile lo sforzo del legislatore del Jobs Act nel voler tentare di rifondare giuridicamente i canoni interpretativi di una realtà, quella del lavoro, che sta subendo un'evoluzione così profonda da rendere del tutto obsoleto e insufficiente l'assetto regolativo classico della subordinazione, della parasubordinazione e dell'autonomia, in quanto non più adeguato alla situazione attuale».

⁽⁹⁰⁾ M. Pallini, *op. cit.*, 86.

⁽⁹¹⁾ In senso analogo v. A. Perulli, *op. cit.*, 23.

Bibliografia

- Adams-Prassl J. - Aloisi A. - De Stefano V. - Kountouris N., *La Corte di Giustizia dell'Ue prende tempo? L'ordinanza Yodel e le sue (scarse) implicazioni per il lavoro tramite piattaforma*, in RGL, 2020, 3, II, 399.
- Aimo M. - Fenoglio A., *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, in Labor, 2021, 1, 25.
- Allamprese A., *Il dibattito europeo sul diritto alla disconnessione*, in Smart Working: tutele e condizioni di lavoro, a cura di Carabelli U. - Fassina L., Futura, 2021, 123.
- Ambra M.C., *Dal telelavoro coatto al lavoro ubiquo. Lo smart working dopo l'emergenza*, in QRS, 2020, 3-4, 81.
- Asnaghi A., *Il Protocollo delle Parti Sociali sul Lavoro Agile: montagne che han partorito un topolino?*, in LDE, 2021, 4, 1.
- Ballestrero M.V., *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in LLI, 2020, 2, I.4.
- Barbieri M., *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in LLI, 2019, 2, I.1.
- Bavaro V., *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclofattorini)*, in Labor, 2020, 6, 671.
- Bavaro V., *L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli»*, in LDE, 2022, 1, 1.
- Bellomo S. - Rocchi L., *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, in RIDL, 2021, II, 336.
- Bozzao P., *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, in federalismi.it, 2022, 9, 106.
- Brollo M., *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, in V. Fili (a cura di), Covid-19 e rapporto di lavoro, Adapt University Press, 2020, 167.
- Brollo M., *Dopo il protocollo: i tre pilastri dello smart working*, Bollettino ADAPT 13 dicembre 2021, 44.
- Brunetta R. - Tiraboschi M., *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione: prospettive e criticità*, Bollettino Adapt, Working Paper, 2021, 10.
- Butera F., *Le condizioni organizzative e professionali dello smart working dopo l'emergenza: progettare il lavoro ubiquo fatto di ruoli aperti e di professioni a larga banda*, Studi organizzativi, 2020, 1, 142.
- Cairolì S., *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, 2020.
- Carinci M.T. - Tursi A., *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, 2020.
- Carinci M.T. - Ingrao A., *Il lavoro agile: criticità emergenti e proposte per una riforma*, in LLI, 2021, 2, R. 13.
- Caruso B., *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in RIDL, 2020, 2, I, 215.
- Casillo R., *La subordinazione agile*, in DLM, 2017, 2, 529.
- Dagnino E., *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in DRI, 2017, IV, 1024.
- D'Antona M., *La subordinazione e oltre: una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in Massimo D'Antona. Opere, a cura di Caruso B. - Sciarra S., Giuffrè, 2000, vol. III, 1222.
- De Simone G., *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, in RGL, 2019, 1, I, 12.
- Esposito M., *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in Martone M. (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smartworking oltre l'emergenza*, La Tribuna, 2020, 147.
- Fenoglio A., *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile, a cura di Zilio Grandi G. - Biasi M., Cedam, 2018, 547.
- Fenoglio A., *Una veste digitale per il diritto al riposo: il diritto alla disconnessione*, in LDE, 2021, 4, 1.
- Fiata E., *L'iniziativa europea sul diritto alla disconnessione*, in LDE, 2021, 4, 1.
- Gaeta L., *Lavoro a distanza e subordinazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.
- Gaeta L., *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*, in LLI, 2020, 2, I. 60.
- Gaeta L. - Loffredo A., *Tempi e subordinazioni*, in Veneziani B. - Bavaro V., *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, 2009, 29.
- Ichino P., *Un protocollo poco innovativo ma non inutile*, in LDE, 2021, 4, 1.

- Leccese V., *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in RGL, 2020, 3, II, 428.
- Levi A., *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in RGL, 2019, 1, I, 25 ss.
- Lombardi M., *I tempi del tempo: sul legame interrotto fra tempo e subordinazione nel lavoro in ambito universitario*, in B. Veneziani - V. Bavaro, *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, 2009, 93.
- Magagnoli S., *Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro*, in LLI, 2021, 2, R. 87.
- Maresca A., *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle disegnanze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working*, in *federalismi.it*, 2022, 9, 166.
- Martone M., *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di Zilio Grandi G. - Biasi M., Cedam, 2018, 461 ss.
- Nogler L., *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e "regressioni" interpretative*, in A. Occhino, *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018, 27.
- Pallini M., *La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione!*, in LLI, 2020, 2, I. 79.
- Perulli A., *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 410/2020.
- Peruzzi M., *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in DSL, 2017, 1.
- Ponzellini A.M., *Fine dell'orario come misura del lavoro? Tecnologie, smartworking, lavoro digitale*, in QRS, 2017, 3, 31.
- Rausei P., *Il lavoro agile*, in DPL, 2017, 5, inserto.
- Razzolini O., *La subordinazione ritrovata e la lunga marcia del lavoro autonomo*, in LLI, 2020, 2, I. 135.
- Ricci G., *La «scomposizione» della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in RGL, 2021, 3, II, 323.
- Roccella M., *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2015, VI ed.
- Rota A., *Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, in LLI, 2020, 2, C. 24.
- Senatori I., *The European Framework Agreement on Digitalisation: a Whiter Shade of Pale?*, in ILLeJ, 2020, 13, 2, 159.
- Siotto F., *Orario di lavoro e obbligo di registrazione con sistema «oggettivo, affidabile e accessibile»*, in RIDL, 2019, 4, II, 697.
- Spinelli C., *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018.
- Timellini C., *Il diritto alla disconnessione nella normativa italiana sul lavoro agile e nella legislazione emergenziale*, in LDE, 2021, 4, 1.
- Tiraboschi M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 337/2017.
- Treu T., *Introduzione*, in A. Occhino, *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018, XIII.
- Treu T., *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, *federalismi.it*, 2022, 9, 190.
- Tufo M., *Il lavoro agile emergenziale: un mosaico difficile da ricomporre tra poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, in RGL, 2021, 1, I, 41.
- Tullini P., *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in Perulli A. (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018, 171.
- Zoppoli L., *Riformare ancora il lavoro pubblico? L'"ossificazione" delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del POLA*, in LPA, 2021, 1, 3.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

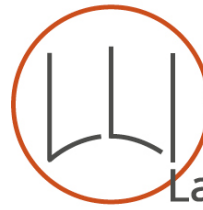
Il tempo nelle collaborazioni continuative etero-organizzate

MICHELE FORLIVESI
Università di Bologna

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695





Il tempo nelle collaborazioni continuative etero-organizzate

MICHELE FORLIVESI

Università di Bologna

Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro

michele.forlivesi2@unibo.it

ABSTRACT

The essay analyzes the concept of time in hetero-organized ongoing collaborations. The Author, after having defined the working time as productive time subject to contractual exchange, analyzes the concepts of continuity, occasionality and availability, distinguishing between the time of the relationship and the time of the performance. This analysis is useful for identifying continuity as the keystone for identifying both the productive interest underlying the contract and the functional integration of the collaborator's activity in the client's organization in hetero-organized collaborations.

Keywords: hetero-organized collaborations; work time; continuity; availability; productive organization; hetero organization.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/15099>

Il tempo nelle collaborazioni continuative etero-organizzate

SOMMARIO: 1. La rilevanza del fattore tempo nelle collaborazioni organizzate dal committente. – 2. Tempo e continuità del rapporto e della prestazione. – 3. Tempo ed etero-organizzazione delle modalità di esecuzione.

1. La rilevanza del fattore tempo nelle collaborazioni organizzate dal committente

Riflettere sulla rilevanza del fattore tempo per il diritto del lavoro, caposaldo della dogmatica giuridica dei rapporti di lavoro, significa innanzitutto porre un problema di tutela della libertà della persona che lavora. Come è stato osservato in dottrina: «La libertà di chi lavora può essere garantita solo se si determina un tempo “certo” di lavoro assoggettato al potere altrui (...) Perché vi sia libertà, occorre che il lavoro sia oggetto di scambio contrattuale perché così può essere separato dalla persona che lavora, condizione essenziale per negare così che è la persona stessa ad assoggettarsi al potere altrui» (1).

Sotto questo punto di vista il tempo del lavoro è il tempo produttivo oggetto di scambio contrattuale che è concetto più ampio di quello di orario di lavoro (2). Tale tempo è valorizzato dal diritto del lavoro da diverse angolazioni: dal punto di vista teleologico il tempo lavoro è garanzia di autodeterminazione e libertà dell'individuo in quanto la sua regolamentazione proteggere la persona che lavora da una durata eccessiva del lavoro (tempo contrattuale); dal punto di vista logico si configura come qualità del tempo, inteso come utilità organizzativa prodotta dall'esecuzione della prestazione di lavoro (tempo produttivo); infine, dal punto di vista cronologico il tempo è strumento di misurazione quantitativa della prestazione di lavoro essenziale per determinare la corrispettività retributiva (orario di lavoro) (3).

Sebbene l'assoggettamento ad un determinato orario di lavoro sia un indice valorizzato dalla giurisprudenza per l'accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro (4), è innegabile che l'evoluzione tecnica e tecnologica dei processi produttivi sta provocando una tendenziale perdita di utilità del tempo lavoro configurato come orario di lavoro predeterminato. In tale scenario, il tempo lavoro divaricandosi dal tempo-orario perde la capacità di quantificare il lavoro fatto oggetto di scambio contrattuale (5). Questa

(1) Così V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di «tempo di lavoro» (a proposito di ciclo-fattorini)*, *Labor*, 2020, 6, 671-672.

(2) Cfr. V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, 2008.

(3) Cfr. V. Bavaro, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, a cura di C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone, Cacucci, 2019, 47-49.

(4) Cfr. tra le tante Cass. 5 settembre 2019, m. 22293, *DJ*; Cass. 14 luglio 2020, n. 14975, *DJ*.

(5) L'ordinamento già ammette che la prestazione di lavoro subordinato possa essere misurata senza ricorrere a un orario di lavoro, il riferimento è ai rapporti c.d. “senza orario” che l'art. 17 comma 5, d.lgs. n.

«de-oggettivazione del tempo-lavoro» affida all'organizzazione produttiva la misura variabile del tempo-orario. È condivisibile l'opinione di chi legge nella digitalizzazione del lavoro un acceleratore della crisi della determinabilità quantitativa del lavoro in grado di mettere in crisi la «cronometria normativa del tempo-lavoro oggettivato e trasformare la struttura della prestazione di lavoro senza però modificare la funzione “utile” e “produttiva” del tempo lavoro» (6).

In tale contesto il tempo lavoro rilevante per misurare quali-quantitativamente il lavoro oggetto di scambio contrattuale è quello del tempo del rapporto di lavoro, inteso come utilità organizzativa che comprende, ma non si esaurisce, necessariamente, nel tempo della prestazione(7). Tale tempo del rapporto si qualifica nel perdurare nel tempo dell'interesse produttivo del creditore alla base del contratto di lavoro (8).

Nei rapporti di durata l'interesse del creditore viene soddisfatto progressivamente, nello scorrere del tempo, pertanto il perdurare dell'interesse organizzativo, inteso come attitudine del rapporto a reiterare l'impegno lavorativo entro un arco di tempo definito, è elemento essenziale per dedurre il carattere continuativo della prestazione di lavoro (9).

Tale premessa è di fondamentale importanza per capire l'incidenza del fattore tempo nelle collaborazioni etero-organizzate di cui all'articolo 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015.

In tali rapporti la continuità della prestazione funge da chiave di volta sia per l'individuazione dell'interesse produttivo-organizzativo alla base del contratto, sia per l'integrazione funzionale dell'attività del collaboratore nell'organizzazione del committente.

Secondo la Corte d'Appello di Torino del 4 febbraio 2019, n. 26 nelle collaborazioni etero-organizzate ex art. 2, comma 1, d.lgs. 81/2015 l'aggettivo continuativo va inteso «da un lato, come non occasionalità e, dall'altro, riguardo all'esecuzione della prestazione come svolgimento di attività che vengono (anche se intervallate) reiterate nel tempo al fine di soddisfare i bisogni delle parti» (10). Secondo tale orientamento, la continuità è, dunque, un connotato sia del rapporto (in termini di non occasionalità) sia della prestazione di lavoro, in linea con la consolidata giurisprudenza della Cassazione (11).

Volendo provare a seguire la suggestione interpretativa fornita dalla Corte di Appello di Torino nelle pagine che seguono si testerà la tenuta sistematica della nozione di continuità

66/2003, indentifica come «lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi».

(6) Così V. Bavaro, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, cit., 48-49.

(7) Cfr. P. Lotmar, *Der Arbeitsvertrag*, 1902, Duncker & Humboldt, 2001; che distingue la temporalità della prestazione dalla temporalità del rapporto quali dimensioni temporali qualificanti il rapporto di lavoro subordinato ma dalla durata distinta.

(8) Cfr. A. Luminoso, *Il rapporto di durata*, RDC, 2010, 4, 501 ss., spec. 525.

(9) Cfr. G. Oppo, *I contratti di durata. I*, RDCComm, 1943, 5-6, 143-180.

(10) Così App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, RIDL, 2019, II, 340 ss. Cfr. tra i molti commenti U. Carabelli - C. Spinelli, *La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, RGL, 2019, I, p. 95 ss.; M. Novella, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, LLI, 2019, 1, 82-103; G. Recchia, *Contrordine! I riders sono collaboratori eteroorganizzati*, LG, 2019, 403 ss.; P. Tullini, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, LDE, 2019, 1, 1 ss.

(11) Cfr. Cass. 19 aprile 2002, n. 5698, DJ.

fornita, sia in merito al rapporto sia in merito alla prestazione di lavoro, al fine di inquadrare la corretta estrinsecazione del tempo di lavoro nelle collaborazioni continuative etero-organizzate.

2. Tempo e continuità del rapporto e della prestazione

Partendo dal tempo del rapporto di lavoro è utile, preliminarmente, distinguere tra il concetto di rapporto di durata e il concetto di durata del rapporto, essendo il primo riferito a una qualità dell'obbligazione contrattuale e il secondo alla dimensione meramente cronologica della relazione negoziale che non riguarda la natura giuridica temporale della prestazione e designa uno stato di fatto, ossia la più o meno prolungata inserzione di un lavoratore in un organismo aziendale. Dal punto di vista del rapporto di lavoro, dunque, la continuità va, necessariamente, osservata dalla prospettiva dell'interesse del committente⁽¹²⁾.

Secondo Oppo l'interesse di un creditore può essere soddisfatto in un solo istante (configurandosi in tal caso un contratto ad adempimento istantaneo), oppure può essere soddisfatto progressivamente nello scorrere del tempo (configurandosi in tal caso un rapporto di durata ad adempimento continuo).

Nel lavoro subordinato l'interesse creditorio viene soddisfatto dalla permanenza nel tempo del vincolo negoziale e dalla continuità dell'adempimento dell'obbligazione⁽¹³⁾. Nel contratto d'opera la *solutio* può realizzarsi nel momento della consegna del servizio o dell'opera, perché «il tempo vi funziona come termine dell'adempimento»⁽¹⁴⁾.

In tale ricostruzione dogmatica non rileva tanto il tempo della prestazione ma il tempo dell'interesse creditorio: «la rilevanza giuridica del tempo può corrispondere all'interesse a che la soddisfazione avvenga in un determinato momento» oppure «all'interesse alla soddisfazione continuativa di un bisogno durevole». In questo secondo caso avremo dei rapporti di durata nei quali «la soddisfazione continuativa del bisogno è contenuto del rapporto e oggetto della obbligazione della parte vincolata onde è qui necessario e dovuto un contegno continuativo (o ripetuto) di questa diretto a quel fine»⁽¹⁵⁾.

Nei rapporti di durata la prestazione debitoria è continuativa perché solo attraverso l'esecuzione continuativa o reiterata della prestazione è possibile soddisfare l'interesse del creditore. La continuità nei contratti di durata si sostanzia nella causa del contratto, cioè in ciò che realizza l'interesse del creditore⁽¹⁶⁾.

I rapporti di durata si caratterizzano per essere fattispecie contrattuali in cui il debitore non subisce il rischio del mancato conseguimento del risultato, poiché l'interesse

⁽¹²⁾ Così F. Ferraro, *Continuità e lavoro autonomo*, *Labor*, 2020, 5, 583 ss., spec. 584-585.

⁽¹³⁾ Così G. Oppo, *I contratti di durata*. I, cit., 143.

⁽¹⁴⁾ Così G. Oppo, *I contratti di durata*. I, cit., 166.

⁽¹⁵⁾ Così G. Oppo, *I contratti di durata*. I, cit., 149-150. V. anche A. Luminoso, *Il rapporto di durata*, cit.; V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di «tempo di lavoro» (a proposito di cilo-fattorini)*, cit., 675.

⁽¹⁶⁾ Così V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di «tempo di lavoro» (a proposito di cilo-fattorini)*, cit., 675.

del creditore è già soddisfatto dell'esecuzione continuativa. Ciò giustifica l'applicazione di norme che garantiscono l'irretroattività degli effetti della risoluzione ⁽¹⁷⁾ che è la particolarità di maggior rilievo della disciplina del rapporto di durata dacché conferisce alla categoria una chiara funzione economica e giuridica ⁽¹⁸⁾.

L'opera oggetto del contratto può essere continuativa o istantanea in base all'interesse del committente che il contratto è destinato a realizzare ⁽¹⁹⁾. Il contratto d'opera a esecuzione istantanea non ha una durata ma un termine entro cui adempiere, mentre il contratto di durata è continuativo per definizione ⁽²⁰⁾.

In caso di più prestazioni d'opera ripetute nel tempo è possibile dare rilievo al rapporto come unico e continuativo se sussiste un effettivo collegamento tra i risultati stessi che si apprezzano sia dal punto di vista temporale, sia dal punto di vista strutturale. Se la reiterazione dell'opera soddisfa un interesse durevole allora è possibile individuare unico rapporto di durata. Rileva l'effettiva unicità e durevolezza dell'interesse del committente che la catena di prestazioni d'opera mira a soddisfare ⁽²¹⁾.

Nei contratti di durata ad esecuzione continuativa o periodica ogni atto di esecuzione è già adempimento dell'obbligazione contrattuale, ponendosi, semmai, il problema di capire come incida, dall'esterno, il termine negoziale. Nei contratti a adempimento istantaneo, nonostante l'esecuzione della prestazione non sia già adempimento dell'obbligazione principale, l'esecuzione non conforme al contratto o alla regola d'arte integra un inadempimento di obbligazioni concordate dacché preclude nel tempo la realizzazione dell'interesse patrimoniale del creditore, ossia la realizzazione terminativa dell'opera o del servizio ⁽²²⁾.

Rientrano nella categoria dei rapporti contrattuali di durata sia rapporti ad "esecuzione continuativa" con prestazione di attività, sia rapporti ad "esecuzione periodica" in cui la continuità attinge proprio alla reiterazione di una serie concatenata di adempimenti singoli. Sono invece escluse le diverse forme di *locatio operis* nelle quali l'adempimento si consuma con la consegna dell'opera o con il completamento del servizio ⁽²³⁾.

Nelle collaborazioni continuative le parti non identificano nel programma negoziale un assorbente risultato solutorio, per cui la prestazione deve continuare simmetricamente al permanere dell'interesse durevole del creditore. La continuità, tanto nelle collaborazioni di cui all'articolo 409, n. 3 c.p.c., quanto in quelle di cui all'articolo 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, va intesa quale carattere proprio di una prestazione soddisfattiva di interessi durevoli

⁽¹⁷⁾ Cfr. artt. 1360, comma 2; 1373, comma 3; 1458, comma 1; 1467, comma 1 cc.

⁽¹⁸⁾ Così G. Oppo, *I contratti di durata*, in Id., *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Cedam, 1992, 200 ss., spec. 283.

⁽¹⁹⁾ Così V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di «tempo di lavoro» (a proposito di cilo-fattorini)*, cit., 675.

⁽²⁰⁾ Così V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di «tempo di lavoro» (a proposito di cilo-fattorini)*, cit., 676.

⁽²¹⁾ Così F. Ferraro, *Continuità e lavoro autonomo*, cit., 590.

⁽²²⁾ Così F. Ferraro, *Continuità e lavoro autonomo*, cit., 592.

⁽²³⁾ Così F. Ferraro, *Continuità e lavoro autonomo*, cit., 593-594.

(²⁴). È convincente la dottrina che ritiene siano da estromettere le prestazioni ad esecuzione prolungata in vista del risultato, nelle quali è «il tempo ad essere commisurato alla prestazione e non viceversa» e siano viceversa da includere le prestazioni di attività reiterate corrispondenti a una sequenza interconnessa di opere (²⁵).

Il carattere della occasionalità può aggiungersi a una prestazione sia continuativa sia istantanea perché allude a un interesse del creditore che non incide sulle caratteristiche della prestazione che soddisfa l'interesse del creditore. L'occasionalità indica l'interesse *una tantum* ma tale interesse creditorio potrebbe essere soddisfatto anche da un contratto di durata (es. lavoro stagionale). In altri termini, il concetto di occasionalità indica un interesse non stabile nel tempo. L'occasionalità di un contratto d'opera continuativa determina una durata a termine del contratto. Ciò non toglie che nella vigenza del contratto l'interesse del committente è soddisfatto da una prestazione adempiuta con continuità. La continuità è una caratteristica di ogni contratto di durata che deriva dall'interesse del creditore, di conseguenza, è questo interesse che qualifica la modalità temporale della prestazione debitoria (²⁶).

La continuità può manifestarsi anche sotto forma di prestazioni di lavoro a carattere continuativo intervallate da pause. In questo caso, la discontinuità della prestazione non implica, necessariamente, una discontinuità del rapporto. È, infatti, compatibile con il modello dell'articolo 2, comma 1 del d.lgs. n. 81/2015 un contratto di collaborazione continuativo che prevede un'esecuzione discontinua della prestazione. Ciò che va verificato è la continuità dell'interesse organizzativo del committente.

La durevolezza degli interessi si abbina spesso ad esigenze di collegamento funzionale tra prestazione di lavoro e organizzazione. Ciò che rileva è l'interesse durevole del creditore all'inserimento organizzativo del prestatore nella propria organizzazione.

La Cassazione nella sentenza n. 1663/2020 ha ricostruito la continuità della collaborazione etero-organizzata sulla base di una pluralità di prestazioni etero-organizzare che compongono un unico interesse continuativo (²⁷). L'interesse organizzativo-produttivo della piattaforma informatica non viene soddisfatto in una sola consegna, bensì nella ripetizione su larga scala di quelle consegne con velocità di esecuzione. In altre parole, si tratta di un interesse organizzativo continuativo che si sostanzia in una successione di prestazioni di lavoro collegate nella struttura dell'organizzazione produttiva (²⁸).

In tale ottica la continuità è intesa come attitudine del rapporto a reiterare l'impegno lavorativo entro un arco di tempo definito. Pare, dunque, condivisibile la ricostruzione di chi ritiene che la discontinuità dell'offerta lavorativa non sia di per sé indice di autonomia

(²⁴) Così F. Ferraro, *Continuità e lavoro autonomo*, cit., 597.

(²⁵) Così G. Santoro-Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, Franco Angeli, 1979, p. 61

(²⁶) Così V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di «tempo di lavoro» (a proposito di cilo-fattorini)*, cit., 676.

(²⁷) Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, DJ.

(²⁸) Così V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di «tempo di lavoro» (a proposito di cilo-fattorini)*, cit., 678.

in presenza dell'etro-organizzazione e della disponibilità, anche solo astratta, degli intervalli non lavorati ⁽²⁹⁾.

L'autonomia nella fase genetica dell'accordo non indica l'autonomia della prestazione di lavoro, bensì l'autonomia intesa come libertà contrattuale (in termini di libertà di accettare una proposta contrattuale). La discontinuità della prestazione di lavoro, derivante da un atto di libera scelta del lavoratore di accettare la chiamata, non rende il rapporto di lavoro autonomo. Del resto, un rapporto di lavoro quando presuppone un interesse continuativo, deve anch'esso essere continuativo ⁽³⁰⁾. In tal modo è possibile risolvere quel «convitato di pietra» indentificato da Del Punta nella «continuità temporale della prestazione e del connesso effetto retributivo» ⁽³¹⁾.

Il consenso per l'*an* della prestazione di lavoro riguarda o un momento antecedente all'attuazione del vincolo obbligatorio, che coincide con la volontà dell'atto contrattuale che dà vita a separati rapporti, o, tutt'al più, una peculiare modalità intermittente di esecuzione del rapporto obbligatorio. La scelta discrezionale se accettare o no la chiamata è un antecedente della prestazione che rileva, comunque lo si intenda, sul piano del voluto contrattuale; mentre l'autonomia nel *quomodo* e nel *quando* si esprime in un comportamento che rileva principalmente sul piano del rapporto ⁽³²⁾.

L'occasionalità, intesa come presenza di più rapporti di breve durata o di più prestazioni ripetute in diversi tempi, non impedisce affatto la riqualificazione in lavoro subordinato e l'applicazione delle norme vincolistiche in materia di contratto a termine per ciascun rapporto o, in caso di unitario rapporto, di lavoro intermittente senza o con vincolo di disponibilità. Tale riqualificazione non dipenderà dalla continuativa "accettazione" delle prestazioni in quanto una simile "disponibilità" è compatibile anche con una obbligazione autentica di lavoro autonomo continuativo. Dipenderà invece dal riscontro dei tipici poteri datoriali esercitati in corso di rapporto ossia dai profili esecutivi ⁽³³⁾.

Nel caso specifico dei *riders*, anche ammettendo la tesi, per vero opinabile, che l'interesse della piattaforma si perfeziona al momento della realizzazione di ogni singola consegna ⁽³⁴⁾, essendo tale schema contrattuale collocato all'interno della stipula di un contratto-quadro che si perfeziona al momento dell'iscrizione alla piattaforma, il rapporto contrattuale sarà, in ogni caso, un rapporto di durata o perché continuativo (ancorché intermittente) o perché risultante da una concatenazione di più adempimenti singoli con la durata nel tempo dell'interesse creditorio.

⁽²⁹⁾ Così O. Mazzotta, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di cilofattorini e modelli contrattuali*, *Labor*, 2020, 1, 5-25, spec. 10.

⁽³⁰⁾ Così V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di «tempo di lavoro» (a proposito di cilo-fattorini)*, cit., 681.

⁽³¹⁾ Così R. Del Punta, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, *RIDL*, 2019, II, 364 ss.

⁽³²⁾ Cfr. F. Ferraro, *Continuità e lavoro autonomo*, cit., 606; M. Novella, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, cit. 91-92.

⁽³³⁾ Così F. Ferraro, *Continuità e lavoro autonomo*, cit., 607.

⁽³⁴⁾ È questa la tesi di P. Ichino, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, *RIDL*, 2017, I, 4, 525 ss.

È convincente la posizione di chi suggerisce di indagare «l'assetto di interessi che le parti hanno obiettivamente realizzato qualunque sia la volontà comune ricavabile in via interpretativa dalla dichiarazione negoziale e dal regolamento contrattuale»⁽³⁵⁾

3. Tempo ed etero-organizzazione delle modalità di esecuzione

Il perdurare dell'interesse creditorio potrebbe dotare di una qualche rilevanza la disponibilità di fatto del prestatore. Per Bavaro la disponibilità è ontologicamente continuativa perché consiste in un tempo durante il quale la persona lavoratore è nella disponibilità del potere di organizzazione del creditore. La prestazione di lavoro utile al datore di lavoro, quella da cui estrae plus-valore, non è più sempre e soltanto il lavoro effettivo. Il tempo lavoro messo a disposizione dell'organizzazione produttiva è utilità che non coincide con la nozione di lavoro effettivo. Essere disponibili è una parte essenziale del servizio fornito dai riders etero-organizzati. La produzione di ogni piattaforma che organizza il lavoro *on-demand* si basa sullo sfruttamento di tempo di disponibilità dei lavoratori⁽³⁶⁾.

Quando il lavoro è integrato nella struttura organizzativa del creditore alcuni elementi sono in grado di collegare in maniera continuativa la prestazione al centro imprenditoriale rilevando un interesse organizzativo articolato nel tempo che si traduce in un interesse a una prestazione continuativa, seppur intermittente⁽³⁷⁾.

Anche quando il potere di organizzazione si manifesta in maniera intermittente se poggia su alcuni condizionamenti costanti può implicare, oltre una certa soglia, una disponibilità del prestatore che assume una vincolatività giuridica. In altre parole, le singole prestazioni possono rappresentare elementi di qualificazione del servizio offerto sul mercato ma non esauriscono i contenuti della prestazione di lavoro richiesta. Ciò comporta che le modalità a chiamata di una prestazione soggetta a integrazione funzionale nell'organizzazione del lavoro unilateralmente definita dal committente, non sono idonee ad escludere una condizione di necessitata disponibilità che assume rilevanza ai fini dell'individuazione del carattere continuativo della collaborazione. La continuità dell'interesse creditorio in presenza di etero-organizzazione delle modalità di esecuzione

⁽³⁵⁾ Così M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, ADL, 1995, 1, 75.

⁽³⁶⁾ Così V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di «tempo di lavoro» (a proposito di cilo-fattorini)*, cit., 682-684.

⁽³⁷⁾ Così A. Donini, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bononia University Press, 2019, 125. Sul punto si v. P. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, I, Giuffrè, 1984, 35 ss.; Id., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1989, 96 ss.; secondo il quale «dal carattere continuativo dell'interesse creditorio collegato alla prestazione di lavoro subordinato deriva la possibilità che essa si configuri talvolta come prestazione intermittente, senza perdere la propria idoneità a soddisfare l'obbligazione contrattuale; ma il paradosso è soltanto apparente, se si considera che il carattere continuativo della prestazione lavorativa consiste appunto essenzialmente nella sua illimitata divisibilità (giuridica) in segmenti distinti». Sempre che sia possibile ravvisare il «coordinamento spazio-temporale interno in riferimento ai singoli segmenti della prestazione e alle sue modalità di svolgimento».

della prestazione, determina l'emersione di una obbligazione continuativa di disponibilità al lavoro in capo al prestatore derivante dalle specifiche condizioni di realizzazione dell'attività determinate dall'esercizio del potere organizzativo del committente. In altre parole, è fittizia e illusoria la pretesa coincidenza tra il tempo oggetto del contratto di lavoro e il tempo di ciascuna prestazione, laddove il vincolo personale del prestatore derivante dal contratto di lavoro si estenda significativamente oltre la singola prestazione di lavoro. A seconda dell'articolazione e dell'interesse delle limitazioni alla libera organizzazione dell'esecuzione della prestazione, il committente integra, con diversi gradi di stabilità, le prestazioni nel ciclo produttivo ricavandone maggiore utilità oltre il tempo della prestazione ⁽³⁸⁾.

Il tempo rilevante ai fini dell'etero-organizzazione è, dunque, il tempo del rapporto e non certo il tempo della prestazione. Del resto, come correttamente rilevato da Barbieri, il tempo inteso come collocazione oraria delle prestazioni non è un elemento essenziale del contratto di lavoro né autonomo né subordinato. Nel lavoro subordinato il datore di lavoro può mutare unilateralmente la collocazione oraria della prestazione. Nel lavoro intermittente (artt. 13-18 d.lgs. n. 81/2015) non vi è alcuna predeterminazione della quantità di lavoro di prestazione dovuta, e sul lavoratore non grava alcun obbligo di presentarsi alla chiamata senza che questo metta in dubbio che quando lavora sia un lavoratore subordinato e gli spetti (art. 17, comma 1, d.lgs. n. 81/2015) esattamente lo stesso trattamento dei lavoratori subordinati permanenti ⁽³⁹⁾.

L'irrelevanza del tempo della prestazione ai fini dell'etero-organizzazione è stata espressamente positivizzata dalla modifica all'articolo 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 apportata dalla l. n. 128/2019 che, nel sopprimere l'inciso «anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro», quali esemplificazioni degli ambiti in cui poteva manifestarsi il potere organizzativo del committente, ha espressamente chiarito che l'etero-organizzazione della prestazione non deve necessariamente manifestarsi in relazione ai tempi e ai luoghi di lavoro ma può essere riconosciuta come tale in qualunque maniera.

Sopprimendo il riferimento ai tempi e al luogo di lavoro, si elimina in radice quel fraintendimento che aveva condotto una parte della dottrina a ritenere che le prestazioni etero-organizzate di cui all'articolo 2, comma 1, ritagliassero un ambito applicativo della disciplina addirittura più ristretto a quello della fattispecie di subordinazione, fornendo un'interpretazione paradossale della norma, contraria alla sua *ratio*. In quella prospettiva, partendo dal non condivisibile presupposto che il potere di organizzazione del committente ex art. 2, comma 1, coincidesse con il potere direttivo (avendo entrambi ad oggetto le modalità di esecuzione della prestazione), è stata sostenuta la tesi della "maggiore intensità e incisività del potere di organizzare" del committente in quanto riferito espressamente al tempo e al luogo dell'attività, mentre un tale riferimento non sarebbe contemplato dalla

⁽³⁸⁾ Cfr. A. Donini, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, cit., 126-131.

⁽³⁹⁾ Così M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, *LLI*, 2019, 2, I. 24.

lettera dell'art. 2094 c.c., che riguarda esclusivamente il lavoro svolto “alle dipendenze” e “sotto la direzione” (40).

Come condivisibilmente rilevato da Perulli, l'errore di questa postura interpretativa risiede nella pretesa identificazione tra etero-organizzazione dell'art. 2, comma 1, e l'eterodirezione dell'art. 2094 c.c., laddove i due concetti, debitamente distinti, consentivano di interpretare il riferimento “ai tempi e al luogo di lavoro”, non già come esercizio del potere direttivo in materia di orario e luogo di lavoro, bensì come prerogativa di organizzazione, eventualmente, non necessariamente (“anche”, appunto), spazio-temporale della prestazione: una prerogativa organizzativa che non attiene, come nel caso della fattispecie di subordinazione, a stringenti vincoli di orario di lavoro e di luogo, riguardando, piuttosto, la definizione di ambiti temporali e spaziali (anche virtuali) entro cui effettuare la prestazione in ragione delle necessità organizzative del committente (41). Se dal combinato disposto degli artt. 2094 e 2104, comma 2 c.c. risulta inequivocabilmente che il potere direttivo, connotante la subordinazione, riguarda la scelta delle mansioni esigibili nonché i modi, i tempi e i luoghi della prestazione, il riferimento all'organizzazione anche spazio-temporale fatta propria dal previgente art. 2, comma 1, in quanto attinente ad una fattispecie diversa da quella dell'art. 2094 c.c., andava necessariamente interpretato in modo non coincidente rispetto a quanto espresso dall'art. 2104 c.c. con riferimento al lavoro subordinato (42).

Tale lettura è avvalorata dalla stessa Corte di Cassazione la quale ha riconosciuto come elemento non necessario che l'etero-organizzazione si sostanzi in un coordinamento spazio-temporale della prestazione lavorativa: la congiunzione “anche” con cui il testo della disposizione, applicabile *ratione temporis*, introduceva il riferimento al tempo e al luogo di lavoro, assume per la Corte valore meramente esemplificativo, di tal che sono ammissibili forme di determinazione unilaterale del contesto organizzativo anche differenti, purché tali da impedire che il collaboratore organizzi «autonomamente l'attività lavorativa» (43).

Come è stato rilevato in dottrina, se per la Cassazione detta ricostruzione vale rispetto all'originaria formulazione dell'art. 2, comma 1, d.lgs. 81/2015, non v'è dubbio che essa sia conferente con il nuovo disposto legale. In sede di conversione del d.l. n. 101/2019, la l. n. 128/2019 ha espunto dalla disposizione ogni riferimento al tempo e al luogo e ha sostituito la nozione di lavoro “esclusivamente personale” con quella di lavoro “prevalentemente personale”. Tale operazione sembra obbedire ad una duplice finalità: sul piano sistematico si stabilisce un *continuum* tra collaborazione coordinata e continuativa e il

(40) Il riferimento è a G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, WP CSDLE, It. n. 327/2017, spec. p. 6

(41) Così A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021, 173-175. Cfr. anche U. Carabelli, *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in AA.VV., *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Ediesse, 2018, 54 ss.

(42) Così A. Perulli, *Oltre la subordinazione*, cit. 175; Id., *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come “orientarsi nel pensiero”*, DRI, 2020, n. 2, 267 ss.

(43) Così Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, cit., punto 35.

lavoro etero-organizzato, differenziando quest'ultimo unicamente sotto il profilo delle forme di integrazione della prestazione nell'organizzazione altrui. Sul piano pratico consentendo una, per quanto minimale, organizzazione di mezzi propri ai collaboratori etero-organizzati ⁽⁴⁴⁾.

Sulla scorta di tali elementi, pare potersi concludere che il lavoro etero-organizzato postula, oggi, la mera integrazione funzionale dell'attività del collaboratore nell'organizzazione di cui il committente è titolare, in base a moduli o assetti organizzativi, unilateralmente predisposti da quest'ultimo, che interferiscono, anche in via di mero fatto, con la prestazione di lavoro, condizionandola sul piano del tempo o del luogo o delle modalità d'integrazione nell'organizzazione altrui, in maniera tale da assicurare che la prestazione sia utile al perseguimento delle finalità economico-produttive cui detta organizzazione è preordinata ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴⁾ Così F. Martelloni F., *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, RIDL, 2020, I, 3, 415.

⁽⁴⁵⁾ Così F. Martelloni F., *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, cit., 416.

Bibliografia

- Barbieri M., *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, 2019, 2, I.1-56;
- Bavaro V., *Sul concetto giuridico di «tempo di lavoro» (a proposito di ciclo-fattorini)*, in *Labor*, 2020, 6, 671-689.
- Bavaro V., *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, a cura di C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone, Cacucci, 2019, 31-56.
- Bavaro V., *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, 2008.
- Carabelli U. - Spinelli C., *La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in *RGL*, 2019, I, 95 ss.
- Carabelli U., *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in *AA.VV., Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Ediesse, 2018, 41 ss.
- D'Antona M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, 1, 63-90.
- Del Punta, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2019, II, 364 ss.
- Donini A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bononia University Press, 2019.
- Ferraro F., *Continuità e lavoro autonomo*, in *Labor*, 2020, 5, 583-616.
- Ichino P., *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2017, I, 4, 525 ss.
- Ichino P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1989.
- Ichino P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, I, Giuffrè, 1984.
- Lotmar P., *Der Arbeitsvertrag*, 1902, Duncker & Humboldt, 2001.
- Luminoso A., *Il rapporto di durata*, in *RDC*, 2010, 4, 501-530.
- Martelloni F., *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*; in *RIDL*, 2020, I, 3, 399-428.
- Mazzotta O., *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, 1, 5-25.
- Novella M., *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in *LLI*, 2019, 1, 82-103.
- Oppo G., *I contratti di durata. I*, in *RDCComm*, 1943, 5-6, 143-180.
- Oppo G., *I contratti di durata*, in *Id., Scritti giuridici, III, Obbligazioni e negozio giuridico*, Cedam, 1992, 200 ss., spec. 283.
- Perulli A., *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come "orientarsi nel pensiero"*, in *DRI*, 2020, n. 2, 267-311.
- Perulli A., *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021.
- Recchia G., *Contrordine! I riders sono collaboratori eteroorganizzati*, in *LG*, 2019, 403 ss.
- Santoro-Passarelli G., *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *WP CSDLE*, It. n. 327/2017.
- Santoro-Passarelli G., *Il lavoro parasubordinato*, Franco Angeli, 1979.
- Tullini P., *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, in *LDE*, 2019, 1, 1 ss.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

I ‘tempi’ del lavoro nello spettacolo

MICAELA VITALETTI
Università di Teramo

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695





I ‘tempi’ del lavoro nello spettacolo

MICAELA VITALETTI

Università di Teramo

Associata di Diritto del Lavoro

mvitaletti@unite.it

ABSTRACT

The author focuses on working time of artist workers, observing that the latter are permanently involved in their activity which is not limited to the time taken by their artistic renditions or performances. The precarious nature of the artistic profession is, in this respect, an opportunity to reflect over the rules of working time and their compatibility with artist work.

Keywords: artists and cultural workers; working conditions; working time; collective bargaining.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/15054>

I 'tempi' del lavoro nello spettacolo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1.1. Tempo, tecnologia e spettacolo. – 1.2. Gli elementi costitutivi del tempo di lavoro dell'interprete. – 2. Unione Europea e Statuto sociale dell'artista. – 3. Le prove nell'orario di lavoro: la contrattazione collettiva. – 3.1. I "tempi periferici". – 4. Le ulteriori attività dell'interprete. – 4.1. La 'preparazione' fuori dall'orario di lavoro. – 5. L'indennità di discontinuità.

1. Premessa

La crisi della corrispondenza tra tempo/orario e tempo/lavoro ⁽¹⁾, osservata, di recente, nell'economia digitale ⁽²⁾ e nei processi di remotizzazione del lavoro ⁽³⁾, rappresenta l'ultimo approdo di un percorso comune che affonda le sue radici nelle sollecitazioni provenienti da alcune professioni ⁽⁴⁾, dalle categorie legali ⁽⁵⁾ e da contesti produttivi abituali ⁽⁶⁾ in cui il tempo di lavoro esula dal modello «normale» ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 66 del 2003 ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ Per la distinzione tra tempo/ lavoro e tempo/orario e le sue ricadute anche sulla qualificazione del rapporto di lavoro subordinato, V. Bavaro, *Il tempo di lavoro nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla deoggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci Editore, 2008, 201.

⁽²⁾ Sulla dimensione del tempo nella qualificazione dei rapporti di lavoro su piattaforme digitali, A. Donini, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bononia University press, 2020.

⁽³⁾ M.T. Carinci, A. Ingraio, *Il lavoro agile: criticità emergenti e proposte per una riforma*, LLI, 2021, 30 che richiamano la teoria della porosità dei tempi, E. Genin, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, *IJCLLR*, 2016, vol. 32, n. 3, 280 ss.; V. Bavaro, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, *RGL*, 2018, I, 53; A. Perulli, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, *WP CSDLE*, IT, n. 365/2018, 38 che riflette su un nuovo paradigma lavorativo per valorizzare il governo privato nelle relazioni tra lavoratore e impresa, in una nuova dialettica tra diritto del lavoro e libertà. Più in generale sul lavoro agile, in considerazione della ampia letteratura in materia, G. Ricci, *La nuova disciplina del "lavoro agile"*, *NLCC*, 2018, 3.

⁽⁴⁾ Si pensi al lavoro giornalistico di recente indagato come smart working *ante litteram* da M. Pallini, *Il rapporto di lavoro giornalistico: uno smart working ante litteram*, *WP CSDLE*, IT n. 423/2020, a cui non si applica la disciplina della durata settimanale dell'orario di cui all'art. 3 del d.lgs. 66/2003. L'autore, in tale occasione, indaga il tempo di lavoro sul crinale della qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato.

⁽⁵⁾ Il riferimento è ai dirigenti, personale direttivo delle aziende o di altre personali aventi potere di decisione autonomo, di cui alla lett.a), quinto comma, dell'art. 17, d.lgs. 66/2003 che acconsente alla deroga della disciplina generale in ragione delle caratteristiche dell'attività esercitata, non misurata o predeterminata o determinata dai lavoratori stessi. A tal proposito, A. Loffredo, *Autodeterminazione della prestazione, poteri e tempo: dirigenti e lavoro a progetto*, in B. Veneziani -V. Bavaro, a cura di, *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci Editore, 2009, 53; U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto e post-taylorismo*, *WP CSDLE*, IT n. 5/2003, 45, 76.

⁽⁶⁾ Ad esempio, il settore dei trasporti ferroviari, lett e), secondo comma, art. 17, d.lgs. 66/2003.

⁽⁷⁾ V. Leccese, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci Editore, 2001.

Entro questo quadro si inserisce il settore dello spettacolo⁽⁸⁾, in cui la prestazione dell'interprete ⁽⁹⁾ non è confinata alla produzione artistica «di durata molto contenuta» ⁽¹⁰⁾, ma si estende alle attività relative a «lunghi periodi di formazione e preparazione» ⁽¹¹⁾ che prescindono dal tempo/orario, perché non riconducibili alla nozione legale o perché non strettamente funzionali alla rappresentazione, in quanto riflesso dell'impegno «permanente» dell'artista per preservare l'apporto creativo della sua professione ⁽¹²⁾, in ragione dello specifico valore che la cultura assume nella Carta costituzionale.⁽¹³⁾

⁽⁸⁾ Tra i pochi contributi lavoristici sul tema dei tempi nello spettacolo, S. Naimoli, *Visibile e invisibile nel rapporto di lavoro subordinato: tempi e subordinazione*, in B. Veneziani, V. Bavaro, op.cit., 71-81.

⁽⁹⁾ Il riferimento nel presente scritto è soltanto all'interprete, in qualità di attore, ballerino e musicista, non ai tecnici dello spettacolo, né alla c.d. star, colei «attorno alla quale ruotano managers, segretari, agenti e pubblicitari che spesso finiscono per mettere in secondo piano l'aspetto artistico culturale». Le star non subiscono, infatti, quell'asimmetria contrattuale che caratterizza il contratto di lavoro subordinato, essendo, semmai, al contrario, i contraenti «forti» del rapporto instaurato con la produzione artistica, G. Magri, *Personalità della prestazione e regole contrattuali nella disciplina dei rapporti della lirica*, G. Resta, a cura di, *L'armonia nel diritto tributivi a una riflessione su diritto e musica*, 2020, Roma Press, 121.

⁽¹⁰⁾ Ciò consente di distinguere tale discontinuità dalla discontinuità come esito della scelta degli operatori di mercato nell'impiego dei lavoratori, M. Filippi - M. Marocco - R. Quaranta - S. Scicchitano, *Il lavoro discontinuo di breve e brevissima durata in Italia nell'ultimo decennio: l'evidenza dei dati amministrativi*, INAPP WP n. 45, 2020. Si rinvia allo studio condotto dalla Fondazione di Vittorio, Vita da artista, 4 maggio 2017 che osserva come «i contratti a tempo determinato interessano la grande maggioranza dei lavoratori dello spettacolo (80%) il 10% ha un contratto stagionale e il restante 10% una posizione stabile (un contratto a tempo indeterminato)». Si veda anche Commissioni Riunite VII (Cultura, scienza e istruzione) e XI (Lavoro pubblico e privato), Indagine conoscitiva in materia di lavoro e previdenza nel settore dello spettacolo, 21 marzo 2021, 72, «rapporti di lavoro stabili e strutturati sono una rara eccezione nel mondo dello spettacolo».

⁽¹¹⁾ Risoluzione del Parlamento Europeo 7 giugno 2007 sullo Statuto sociale degli artisti (2006/2249).

⁽¹²⁾ Risoluzione del Parlamento Europeo 7 giugno 2007 sullo Statuto sociale degli artisti (2006/2249), punto 27. Le stesse peculiarità del lavoro nello spettacolo sono state rilevate nell'ambito dell'audizioni svolte durante l'indagine conoscitiva delle Commissioni riunite – VII (Cultura, Scienza e Istruzione) e XI (Lavoro pubblico e privato) della Camera dei Deputati, 3 novembre 2020, in cui è stato sottolineato come il lavoro nello spettacolo si contraddistingua per il carattere settoriale, per la discontinuità e la pluralità di figure professionali (Prof.ssa M. D'Onghia), nonché per una retribuzione parametrata soltanto con riferimento allo svolgimento dello spettacolo, senza che le ore impegnate dal lavoratore e propedeutiche all'esecuzione dello spettacolo siano computate ai fini del trattamento economico (Prof.ssa C. Alessi).

⁽¹³⁾ Sull'articolo 9 Cost. e la sua genesi, F. Merusi, *Commento all'art. 9*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 1975; M. Cecchetti, Art. 9, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, a cura di, *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006; M. Ainis - M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura*, III ed., Giuffrè, 2015. In ambito europeo, lo spettacolo è parte del settore creativo e culturale, ancora largamente inesplorato, a cui l'Unione affida il compito di «promuovere la diversità culturale e linguistica, e rafforzano le identità europea, nazionale e regionale, nonché l'identità locale, sostenendo nel contempo la coesione sociale e contribuendo in modo sostanziale, con vari modelli di creazione di valore, alla creatività» Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2016 su una politica dell'UE coerente per le industrie culturali e creative (2016/2072(INI)). Il Regolamento (UE) 2021/818 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2021 che istituisce il programma Europa creativa (2021-2027) assorbe il concetto di spettacolo nell'ambito dei settori culturali e creativi, intendendo per tali «le attività che si basano su valori culturali espressioni artistiche e altre espressioni creative individuali o collettive, in molti casi in grado di generare innovazione e creare posti di lavoro, comprensive dello sviluppo, la creazione, la produzione, la diffusione e la conservazione di beni e servizi che costituiscono espressioni culturali, artistiche o altre espressioni creative, nonché funzioni correlate quali l'istruzione o la gestione».

Alla dicotomia tempo/lavoro e tempo/orario nel rapporto di lavoro subordinato, il settore dello spettacolo ne affianca un'altra, che guarda a un diverso e più problematico "contrappunto", quella relativa al tempo 'esterno' al rapporto di lavoro che sembra scardinare la relazione duale tra occupazione e disoccupazione non privo di criticità ancora inesplorate.

La discontinuità dei contratti di lavoro degli interpreti ⁽¹⁴⁾, del resto, è emersa in occasione della crisi epidemiologica Covid-19⁽¹⁵⁾, che avendo colpito, in particolare, le attività rivolte a un pubblico in presenza, ha prodotto la disoccupazione involontaria di molti dei lavoratori del settore ⁽¹⁶⁾, impossibilitati ad accedere alle misure ordinarie di sostegno al reddito per mancanza dei requisiti generali che presuppongono una continuità lavorativa pregressa, estranea a tale lavoro ⁽¹⁷⁾, portando, tra l'altro, a un intervento organico da parte dell'ordinamento confluito nel disegno di legge delega approvato in Senato il 18 maggio 2022, A.C. 3625 ⁽¹⁸⁾, dopo l'attuazione di misure emergenziali durante il periodo pandemico⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁴⁾ Qui a differenza di quanto osservato in altri contesti lavorativi trasformati dalla tecnologia, V. Leccese, *Il part-time e il lavoro intermittente nell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (gruppo Just Eat)*, LLI, Vol. 7, , 2021; V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclo-fattorini)* RL, 2021, 677; M. Filippi - M. Marocco - R. Quaranta - S. Scicchitano, *Il lavoro discontinuo di breve e brevissima durata in Italia nell'ultimo decennio: l'evidenza dei dati amministrativi*, INAPP WP n. 45, 2020, la discontinuità lavorativa è determinata dalla temporaneità della produzione artistica e accentuata anche dal mancato riconoscimento del tempo della preparazione come oggetto della prestazione. Come si legge nella relazione di accompagnamento alla misura approvata nella legge di bilancio 20 dicembre 2021, n. 234 «la discontinuità dell'attività lavorativa, che costituisce una eccezione in altri settori, è una condizione fisiologica nel lavoro dello spettacolo (...). Il rapporto di lavoro in questo ambito è strutturalmente discontinuo per il carattere oggettivo della prestazione, non per scelta datoriale o del lavoratore».

⁽¹⁵⁾ La sospensione delle produzioni artistiche risale al D.p.c.m. 8 marzo 2020. F. Dell'Aversa, *Il diritto delle arti e dello spettacolo oltre la pandemia: idee per il superamento di un'emergenza culturale*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, 161-173; in merito alle condizioni dei lavoratori dello spettacolo in Europa e i possibili interventi post-Covid 19, European Parliament's Committee on Culture and Education, M. Damaso - T. Badia - G. Rosana - K Kiss - S. Bertagni - M. Weisinger, *The Situation of Artists and Cultural Workers and the post- COVID-19 Cultural Recovery in the European Union*, febbraio 2021.

⁽¹⁶⁾ Secondo i dati riportati dal Presidente Inps, P. Tridico all'Audizione, 11 novembre 2020 Camera dei deputati sul Welfare dei lavoratori dello spettacolo i lavoratori dello spettacolo con qualifiche diverse, nel 2019, prima dell'adozione delle misure restrittive Covid-19, erano complessivamente 327.812 lavoratori. Sul piano europeo, nel più ampio settore creativo- culturale nel 2020, secondo Eurostat gli occupati nell'EU-27 erano 7,2 milioni riportati nel volume di A. Taormina, a cura di, *Lavoro culturale e occupazione*, Franco Angeli, 2022.

⁽¹⁷⁾ Per una compiuta riflessione sulla complessità delle misure di sostegno al reddito, M. Miscione, *Le indennità di disoccupazione*, Giappichelli, 2021.

⁽¹⁸⁾ Il presente lavoro è stato elaborato prima del suddetto disegno di legge, trasmesso poi alla Camera dei Deputati 23 maggio 2022 Il progetto di riforma è stato presentato al Consiglio dei Ministri dal Ministero dei Beni culturali in raccordo con il Ministero del lavoro il 20 maggio 2021. In passato era stata presentata legge delega 22 novembre 2017, n. 175 «Disposizioni in materia di spettacolo e deleghe al governo per il riordino della materia» i cui decreti non sono stati emanati. Così come si è arrestata alla fase del disegno di legge il testo «Deleghe al governo per il riordino della disciplina in materia di spettacolo e per la modifica del codice dei beni culturali» presentato al Senato il 29 maggio 2019 e che si ispirava, almeno per i principi generali, alla legge delega precedente.

⁽¹⁹⁾ Il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, ora Ministero della Cultura, è poi intervenuto con specifiche misure di ristoro per gli scritturati – artisti e maestranze – nei settori teatro,

La questione del tempo di lavoro trascina, in questa direttrice, anche le misure di tutela fuori dal rapporto di lavoro, pensate sul lavoratore impegnato in modo continuativo, collocandosi nell'ambito di una riflessione, più ampia, tesa a rimodulare le prime rispetto alla tendenza, ormai affermata, di una occupazione discontinua che espone ad un maggior rischio di povertà ⁽²⁰⁾.

Il lavoro dello spettacolo può considerarsi, sotto tale profilo, prototipo di quella discontinuità, se pur qui fisiologica, la cui intensità è data, per un verso, dalla refrattarietà di taluni segmenti dell'attività lavorativa ad essere "chiusi" nella nozione di orario di lavoro; per un altro, dalla emersione di un tempo di lavoro che prescinde dal rapporto di scambio, in quanto assolve ad una funzione che va oltre il mercato (21).

Del resto, è stato affermato l'artista costituisca la forma più avanzata dei mutamenti offerti dalle economie contemporanee, figura «(...) che anticipa le trasformazioni in atto, la frammentazione del salario, la spinta verso professionisti autonomi, esprimendo le disuguaglianze contemporanee (...)»⁽²²⁾.

1.1. Tempo, tecnologia e spettacolo

Come lo spettacolo occupi il tempo dell'interprete/artista, può essere pienamente compreso e valutato, guardando, in primo luogo, ai meccanismi della produzione.

Contrariamente ad altri settori, lo spettacolo è al riparo dalle evoluzioni tecnologiche. Il numero di persone prevalentemente impiegato nel settore non ha subito flessioni significative, non essendo sottoposto all'automatizzazione dei processi produttivi. Semmai una decrescita occupazionale è stata osservata a fronte della crisi epidemiologica

musica, danza e circo, con i D.M. 12 novembre 2020, n. 515 e 516 che hanno stanziato 20 milioni di euro, poi saliti a 35,9 milioni di euro a fine dicembre 2020, proprio per soddisfare le oltre 16.000 domande di ristoro pervenute. Da ultimo il Consiglio dei Ministri il 20 maggio 2021 ha approvato il d.l. «recante misure urgenti per il sostegno alle imprese, al lavoro e alle professioni, per la liquidità, la salute e i servizi territoriali, connesse all'emergenza da Covid- 19» che all'art. 42 rinnova le misure di sostegno al reddito di cui all'art. 10 del d.l. 41/2021. A riguardo sia consentito rinviare a M. Vitaletti, *La dimensione "collettiva" del lavoro nello spettacolo*, DRI, 2021, 666-686.

⁽²⁰⁾ Progetto Horizon 2020 "Working, Yet Poor" – "WorkYP", finanziato dall'Unione europea con Grant Agreement n. 870619. Al progetto partecipano, quali *partners*, otto università europee (oltre all'Università di Bologna, l'Università di Lussemburgo, l'Università di Tilburg, l'Università di Rotterdam, l'Università di Francoforte, l'Università di Leuven, l'Università di Lundt e l'Università di Danzica) e tre istituzioni per i diritti sociali (la Fondazione Brodolini, l'Osservatorio sociale europeo e lo European Anti-Poverty Network). Nell'ambito del progetto sono state individuate ed esaminate quattro categorie di soggetti particolarmente vulnerabili e sottorappresentate ("VUP", ovvero "*Vulnerable and Underrepresented Persons*"), le cui condizioni impediscono il pieno godimento dei diritti e della cittadinanza. Si tratta dei prestatori subordinati *standard* con bassa professionalità occupati in settori poveri (VUP 1), dei lavoratori autonomi "economicamente dipendenti" (VUP 2), dei prestatori occupati con contratti a termine, part-time involontari e contratti di somministrazione di lavoro (VUP 3 E. Villa, *Il lavoro povero in Italia: problemi e prospettive*, www.questionegiustizia.it, 16/09/2021

⁽²¹⁾ M. Tiraboschi, *Mercati, regole, valori, in Persona e lavoro tra tutele e mercato atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Udine*, 13-14 giugno 2019, 31.

⁽²²⁾ P. M. Menger, *Portrait de l'artiste en travailleur*, Seuil, 2002, 8.

covid-19, che ha spinto gli artisti a cercare una diversa occupazione nell'incertezza della ripresa delle attività culturali.

Né la tecnologia ha modificato i tempi di esecuzione della produzione artistica, non potendo rimodulare la messa in scena per aumentare la produttività ⁽²³⁾.

La rappresentazione artistica, pur a fronte di sperimentazioni che contaminano il linguaggio tipico dello spettacolo con il dato tecnico e tecnologico ⁽²⁴⁾, resta ancora dominata dalla infungibilità della prestazione resa dall'interprete che della prima definisce anche il tempo: «il cantante canta, la ballerina danza, il pianista suona, l'attore recita» ⁽²⁵⁾.

L'apporto umano costituisce, pertanto, tratto essenziale del lavoro che, se in qualche modo consente, proprio per la sua immutabilità, di indagare la materia senza subire l'effetto corrosivo che la tecnologia ha prodotto in altri ambiti, condiziona, dall'altra, la forma che il tempo di lavoro assume sia rispetto all'industria dello spettacolo, sia rispetto al tempo che l'artista/interprete impiega per conservare la sua arte.

Le nuove forme di consumo dei prodotti culturali, generate dalla digitalizzazione dei mezzi di comunicazione, hanno influito sulla regolamentazione della distribuzione del prodotto per consentirne la riproduzione. Le integrazioni e le modifiche alla l.n. 333 del 1941, da ultimo ad opera del d.lgs. 177 del 2021, in materia di «Diritto d'autore e diritti connessi nel mercato unico digitale», in attuazione della Direttiva Europea 2019/790, sono, infatti, volte a tutelare nel tempo l'utilizzazione economica della prestazione artistica sia del titolare dell'idea, sia del suo interprete ⁽²⁶⁾.

Non è, invece, cambiato il tempo della rappresentazione artistica condizionato dall'apporto del capitale umano, la cui produttività è rimasta invariata.

⁽²³⁾ M. Trimarchi, *La tecnomusa: innovazione e organizzazione nello spettacolo dal vivo*, EC, *Rivista trimestrale dell'associazione per l'economia della Cultura*, 2004, 189-198, fa l'esempio dell'allestimento dell'*Aida* realizzato a Busseto in occasione del centenario verdiano del 2001 in cui F. Zeffirelli, anche in ragione delle dimensioni ridotte del teatro, lasciò il faraone e i sacerdoti di spalle sul palcoscenico affinché il pubblico potesse immaginare la marcia trionfale oltre la platea, così riducendo il numero delle comparse per la rappresentazione.

⁽²³⁾ Gli studi economici nel settore delle arti performative hanno inizio con il contributo fondamentale di W. Baumol che teorizza la malattia dei costi osservata in alcuni ambiti in cui la produttività del lavoro non cresce pur a fronte dell'innovazione tecnologica, in *Performing Arts, the economic dilemma*, MIT Press, 1968. Cita la presente opera M. Trimarchi, *La tecnomusa*, op.cit.; W. Baumol, riporta alcuni esempi, tra cui quello del quartetto d'archi che impegna nel ventunesimo secolo la stessa forza lavoro del diciottesimo secolo, come gli attori, almeno quelli principali, continuano a calcare la scena nelle rappresentazioni teatrali.

⁽²⁴⁾ Il rapporto tra l'impianto visivo e la presenza scenica ha prodotto negli ultimi decenni soluzioni sperimentali volte a formare un canale di confronto tra due sistemi di comunicazione, virtuale e fisica, profondamente diverse, L. Mango, *La simulazione tecnologica, Una questione linguistica nella sperimentazione teatrale italiana*, in *Scritture della performance*, 2015, 47.

⁽²⁵⁾ J. Heilbrun, *Baumol's Cost Disease*, in R. Towse, a cura di, *A Handbook of Cultural Economics*, Edward Elgar Publishing, 2003, 91; W.J. Baumol - S. A. Batey Blackman, *Electronics, the Cost Disease, and the Operation of Libraries*, *JASIS*, 1983, 182.

⁽²⁶⁾ F. Ruggeri, *Il diritto d'autore sulle opere dell'ingegno*, E. Battelli, a cura di, *Diritto privato dello Spettacolo*, Giappichelli, 2020, 107; F. Macmillan, *Il diritto d'autore nell'era digitale: verso il declino dell'originalità dell'opera?*, in G. Resta, a cura di, *L'armonia nel diritto tributari a una riflessione su diritto e musica*, RomaTre Press, 2016, 109.

Sono cambiati, invece, attraverso l'evoluzione della tecnica, i mezzi di utilizzo della prestazione artistica, generando anche un progressivo avvicinamento tra sfere distinte dello spettacolo, tradizionalmente ripartite tra spettacolo dal vivo, dal quale viene separata la produzione lirico sinfonica, e cinema e audiovisivo. Il primo, caratterizzato dalla «compresenza di professionalità artistiche e tecniche e di un pubblico» (27), ha, infatti, assorbito nuove forme di aggregazione.

L'impiego di strumenti digitali, accentuatosi con la crisi epidemiologica Covid- 19, ha, così, in qualche modo affievolito la separazione con l'ambito del cinema e dell'audiovisivo, con l'effetto di contaminare luoghi e tempi della creazione e diffusione di tutta la produzione artistica.

In questo senso, potendo gli interpreti, suddivisi per ruoli principali o secondari, essere impiegati nelle spettacolo dal vivo e le sue diverse declinazioni e/o nella produzione cinematografica, si intende, qui, per 'spettacolo', le «rappresentazioni (immediata o anche differita) di carattere artistico o, più in generale, culturale che siano espressione però dell'inventiva, della capacità e della personale abilità di quanti in via diretta o con il loro qualificante apporto detto spettacolo allestiscono» (28).

Travalicando la tradizionale distinzione interna allo spettacolo, espressione della ripartizione dei fondi pubblici a sostegno delle attività culturali (29), lo spettacolo è, secondo la definizione organica offerta dalla giurisprudenza, «l'attività espletata diretta al pubblico o alla realizzazione di un prodotto destinato ad essere visto o ascoltato (...)» (30).

La temporaneità dello spettacolo condiziona, in tal senso, la durata dei contratti di lavoro, prevalentemente a termine, in quanto annodati al tempo della produzione. La discontinuità del lavoro è un carattere fisiologico del settore e non una scelta rimessa all'autonomia degli attori economici, salvo rare eccezioni, quella che l'ordinamento francese chiama «des intermittents du spectacle». Tutto ciò, in definitiva, fa emergere una varietà ed

(27) Art.1 co. 2, l. 22 novembre 2017, n. 175 integralmente riproposto nel Disegno di legge collegato alla manovra di finanza pubblica, ai sensi dell'articolo 1 del DDL 2318 approvato il 31 luglio 2021.

(28) Cass. 14 maggio 2008, n. 18493.

(29) La principale forma di finanziamento dello spettacolo da parte dell'ordinamento, è stata introdotta con la legge 30 aprile 1985, n. 163 che ha istituito il Fondo unico dello spettacolo rivolto agli enti, istituzioni, associazioni, organismi ed imprese operanti nei settori delle attività cinematografiche, musicali, di danza, teatrali, circensi e dello spettacolo viaggiante, nonché per manifestazioni ed iniziative di carattere e rilevanza nazionali da svolgere in Italia o all'estero. I criteri di ripartizione del Fondo sono diversi per le produzioni Lirico Sinfoniche, mentre la legge 11 dicembre 2016, n. 220, ha istituito un fondo dedicato al cinema e l'audiovisivo considerati «fondamentali mezzi di espressione artistica, di formazione culturale e di comunicazione sociale, che contribuiscono alla definizione dell'identità nazionale e alla crescita civile, culturale ed economica del paese, promuovono il turismo e creano occupazione», C.E. Baldi, *L'intervento pubblico in campo culturale. Il faticoso iter di linee guida condivise*, Aedon, 2018, 2. Sul Fondo unico per lo spettacolo, P. Carpentieri, *Il diritto amministrativo dell'eccellenza musicale italiana: l'organizzazione e il finanziamento delle fondazioni lirico-musicali*, G. Resta, a cura di, *L'armonia nel diritto contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020, Roma Tre Press, 12. Sulla riforma del settore cinematografico, L. Casini, *Il nastro dei sogni"? Il diritto (pubblico) del cinema e dell'audiovisivo*, Aedon, 2017, 3.

(30) Cass. 26 giugno 2018, n. 16253. È, dunque, spettacolo «la creazione di un prodotto di carattere artistico o ricreativo, destinato ad una pluralità di persone, passibile di essere fruito dal vivo, ovvero di essere riprodotto per la commercializzazione» Cass. 3 settembre 2002, n. 12824.

eterogeneità di attività e tempi corrispondenti, che vanno dall'esecuzione vera e propria alle prove sino a quanto è necessario per l'interprete al fine di mantenere vivo il proprio valore artistico e originale; varietà ed eterogeneità la cui comprensione da parte del diritto – ci sembra – è fondamentale sotto molti profili ⁽³¹⁾.

1.2. Gli elementi costitutivi del tempo di lavoro

La relazione tra il tempo dello spettacolo, come sopra descritto, e la prestazione dell'interprete/artista può cogliersi, in parte, recuperando, la suggestione di E. Betti secondo il quale l'interpretazione artistica, evocata nel parallelismo con l'interpretazione giuridica, si interpone «fra la manifestazione di pensiero di un autore e un pubblico interessato ad intenderla». L'interprete «assume l'ufficio di sostituire, a quella, una forma rappresentativa equivalente, dotata di una efficacia comunicativa idonea a farne intendere il senso» ⁽³²⁾.

Il processo interpretativo non è, pertanto, “libero”, ma è soggetto all'esigenza di “subordinazione” al pensiero dell'autore ⁽³³⁾. La fedeltà all'opera dell'autore, «l'aderenza e consonanza a quella concezione e intuizione», subisce senz'altro la soggettivazione del processo di trasposizione dall'autore all'interprete, ma resta parametro indefettibile sui cui commisurare il valore di ogni interpretazione riprodotiva.

L'interpretazione dell'artista, collocata nel quadro di una più generale teoria ermeneutica, pone così le fondamenta per il dibattito teorico in materia, che si arresta, tuttavia, là dove, se con l'espressione ermeneutica si intende l'attribuzione di un significato ad un testo, quel testo non sempre accompagna l'interpretazione artistica ⁽³⁴⁾. Un confronto più ampio tra diritto e prestazione artistica sarà poi sviluppato dalla letteratura nordamericana, prendendo le sembianze di una vera e propria disciplina ⁽³⁵⁾, ripresa più di recente anche nei nostri studi ⁽³⁶⁾.

⁽³¹⁾ Salvo rare eccezioni. Si pensi alle produzioni stabili dal vivo. Sulle nuove forme di lavoro creativo, A. Rota, *I creatori di contenuti digitali sono lavoratori?*, *LLI*, 2, 2021, I.25; P. Iervolino, *Sulla qualificazione del rapporto di lavoro degli influencers*, *LLI*, 2, 2021, I.26-51; L. Torsello, *Il lavoro degli influencers, percorsi di tutela*, *LLI*, 2, 2020, I.52-71.

⁽³²⁾ E. Betti, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione. Prolusione al corso di diritto civile pronunciata il 15 maggio 1948*, in E. Betti, *Interpretazione della legge e atti giuridici*, Giuffrè, 1971, 11.

⁽³³⁾ Intervista G. Campaner, «(...) il ruolo dell'interprete è importantissimo, permette alle persone di sentire la musica, ma devi ricordarti che non è una tua creazione, che tu sei il tramite. Devi metterti al servizio della musica che qualcun altro ha scritto: una forma di devozione, in effetti». *Corriere della sera*, 24 aprile 2022.

⁽³⁴⁾ F. Rimoli, *Interpretazione, forma, funzione: sulle presunte affinità tra l'agire giuridico e l'agire musicale*, G. Resta, op.cit.

⁽³⁵⁾ G. Resta, *Variazioni comparatistiche sul tema: diritto e musica*, in www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it

⁽³⁶⁾ Tra tutti, G. Resta, a cura di, *L'armonia nel diritto contributi a una riflessione su diritto e musica*, Roma Tre press, 2020, Id., *Il giudice e il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema 'diritto e musica'*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, 435-460.

In ogni caso la definizione offerta da E. Betti, non esposta alla complessità dell'interazione con altri ambiti di studio, restituisce, tuttora, in modo compiuto, l'obbligazione fondamentale che ricade sull'interprete, di conformazione alle direttive impartite dal datore di lavoro/committente, dovendo eseguire l'interpretazione, secondo quanto definito, senza poter apportare alcuna variazione.

Ne è prova il Regolamento di Palcoscenico, parte integrante del contratto collettivo dello spettacolo dal vivo ⁽³⁷⁾ che definisce in modo dettagliato la condotta che l'interprete/scritturato deve tenere, indicando esattamente le modalità e i tempi. L'interprete è sottoposto «alla vigilanza del direttore di scena sull'attività lavorativa» a cui spetta il compito «di richiamare gli scritturati all'osservanza dei loro doveri e di riferire alla direzione della ditta capocomicale o del teatro, d'ora in poi per brevità chiamata "la direzione", o al suo eventuale delegato, il cui nominativo dovrà essere comunicato al comitato di compagnia e reso noto alla compagnia attraverso l'ordine del giorno, sulle eventuali infrazioni alla disciplina contrattuale ed al presente regolamento». L'attore, salvo preventivo accordo con il regista, non può apportare modifiche alle parti affidategli e dovrà eseguire in scena tutto quello che è stato definito senza poter apportare alcuna variazione al testo, all'azione, al trucco ed al costume.

L'atto dell'interpretare si inserisce così pienamente nella relazione di corrispondenza tra orario di lavoro e vincolo di subordinazione, essendo il primo delimitato dal tempo di lavoro soggetto all'etero-direzione.

L'interpretazione nella rappresentazione costituisce, tuttavia, soltanto l'aspetto terminale di un processo riconoscibile all'esterno con l'esecuzione visibile al pubblico, il cui *incipit* muove da un'attività interpretativa che precede la relazione con gli spettatori.

Il lavoro propedeutico del musicista è sicuramente diverso da quello del ballerino impegnato in mansioni che comportano un particolare impegno fisico, così come l'attore dovrà calarsi nella parte assegnata, studiando ed esercitandosi sulla sceneggiatura. Ciò che, tuttavia, accomuna tutti gli interpreti è l'imprescindibile processo di formazione e apprendimento, la c.d. prova e/o periodo di ripetizione, anteposta all'esecuzione della prestazione fondamentale nell'ambito dell'organizzazione dello spettacolo. Anzi si potrebbe dire, come all'inizio accennato, che il lavoro propedeutico all'esecuzione in pubblico prevale, in termini di tempo, sull'interpretazione *stricto sensu*.

L'importanza del tempo impiegato per la prova, più in generale per la formazione e preparazione, scisso dall'esecuzione dell'interpretazione al momento dello spettacolo è, tra l'altro, emersa proprio durante l'adozione delle misure restrittive per il contenimento della crisi epidemiologica Covid-19. In alcuni ordinamenti, infatti, le restrizioni nel settore dello spettacolo hanno riguardato soltanto la sospensione della rappresentazione, ma non delle prove, ritenute essenziali per la continuità della professione artistica e consentite in quanto,

⁽³⁷⁾ Contratto collettivo sottoscritto 19 aprile 2018 per il personale artistico e tecnico scritturato dai Teatri stabili e dalle Compagnie professionali di prosa, che si applica al personale artistico e tecnico scritturato dai Teatri nazionali, dai Centri di produzione e dalle Compagnie teatrali professionali.

a differenza della rappresentazione, non sono svolte in presenza di un pubblico. Il decreto 29 ottobre 2020 n. 1310 emanato dall'ordinamento francese nel riconoscere la funzione essenziale dei «lavori preparatori per gli spettacoli», e delle «prove, registrazioni e riprese» ne ha garantito la continuità per «preparare le attività di domani». Se gli esercizi volti allo spettacolo (Sale Audizione, conferenza, riunione, spettacolo o multiuso) non possono ospitare il pubblico, possono accogliere e ospitare «l'attività di artisti professionisti» ⁽³⁸⁾.

2. Unione Europea e Statuto sociale dell'artista

Al periodo di ripetizioni (o prove), dedica particolare attenzione l'Unione Europea che, nell'identificare i tratti essenziali del lavoro artistico, si sofferma sul tempo impegnato dall'artista per la produzione.

La Relazione sulla situazione e il ruolo degli artisti nell'Unione europea del 1999 fa riferimento alla temporaneità dei rapporti di lavoro evidenziando come «l'artista vive una situazione particolare nel mondo del lavoro. La sua attività si caratterizza per (...) un lavoro intermittente che provoca periodi intermedi di disoccupazione obbligata (...)» ⁽³⁹⁾.

Prosegue la Relazione sull'importanza e il dinamismo del teatro e delle arti dello spettacolo nell'Europa del 15 luglio 2002 evidenziando come «tale settore è caratterizzato da uno sfruttamento limitato nel tempo e nello spazio» ⁽⁴⁰⁾.

Da ultimo, la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2021 sulla situazione degli artisti e la ripresa culturale nell'Unione europea approvata a seguito della crisi epidemiologica Covid-19 sottolinea «che il lavoro atipico (contratti a tempo parziale e a tempo determinato, lavoro temporaneo e lavoro autonomo economicamente dipendente) è una pratica comune nel settore dei media e della cultura, che spesso porta a situazioni lavorative precarie per artisti e professionisti della cultura».

Osserva poi come la crisi di Covid-19 abbia messo in evidenza le «vulnerabilità preesistenti(...), ovvero il loro carattere di intermittenza, eterogeneità e instabilità, i fragili mezzi di sussistenza di artisti e operatori culturali, che la crisi ha comportato situazioni ancora più precarie per artisti, professionisti e lavoratori del settore culturale e creativo, in quanto i mancati guadagni di liberi professionisti e lavoratori atipici, (...) sono stati spesso aggravati dalla fragilità o dall'assenza di regimi nazionali di sicurezza sociale e di misure di supporto dedicate».

⁽³⁸⁾ Decreto 29 ottobre 2020, n. 1310 «des mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire», www.legifrance.gouv.fr.

⁽³⁹⁾ Relazione sulla situazione e il ruolo degli artisti nell'Unione Europea, Commissione per la cultura, la Gioventù, l'istruzione e i mezzi di informazione, 25 febbraio 1999, Relatrice on. Helena Vaz da Silva, 25 febbraio 1989.

⁽⁴⁰⁾ Esortando, in tal senso, gli «Stati membri a riconoscere e a rafforzare lo statuto degli artisti e dei professionisti di tutti i tipi di spettacolo (...), chiedendo alla Commissione di considerare, nel rispetto della sussidiarietà e alla luce di recenti diagnosi, un coordinamento delle legislazioni sociali e fiscali applicabili agli artisti e ai professionisti dello spettacolo e di redigere un Libro bianco in materia».

L'intervento dell'Unione Europea non si limita, tuttavia, a evidenziare come la temporaneità sia un carattere fisiologico del contratto di lavoro artistico, da considerare ai fini della predisposizione di misure di sostegno al reddito compatibili con l'atipicità di tali contratti. Chiarisce che il tempo di lavoro non è confinato alla rappresentazione scenica, dovendo l'artista dedicarsi, da un lato, «al perfezionamento dell'arte e, a volte, ad un allenamento regolare (soprattutto per le arti dello spettacolo)». Dall'altro, devono considerarsi lavoro effettivo, anche «i periodi di ripetizione (che costituiscono) a pieno titolo ore di lavoro». E' necessario, pertanto tener conto di «tutti questi periodi d'attività nella carriera degli artisti, sia durante i periodi di disoccupazione che a fini pensionistici»⁽⁴¹⁾.

La quantificazione del tempo-lavoro, secondo la Risoluzione europea, incide così anche sulla durata del contratto di lavoro, non scandita dalla produzione artistica intesa solo come rappresentazione scenica, ma comprensiva del periodo di prova, più in generale, di formazione e preparazione, funzionale alla rappresentazione.

La durata del contratto, infatti, cambia a seconda della relazione che intercorre con la produzione artistica: soltanto l'allestimento dello spettacolo o anche le attività che lo precedono. Volendo fare un esempio, qualora la messa in scena di uno spettacolo abbia la durata di una settimana, il contratto di lavoro avrà la medesima durata. Diversamente, se si considera il periodo di prova come lavoro effettivo, questo avrà una durata superiore al tempo dell'interpretazione.

3. Le prove nell'orario di lavoro: la contrattazione collettiva

Al tempo dedicato alla prova fanno riferimento i contratti collettivi sottoscritti per lo spettacolo dal vivo, distinguendo in tale area, quello relativo ai rapporti di lavoro presso le Fondazioni Lirico Sinfoniche⁽⁴²⁾, mentre non si rinvia ai contratti collettivi del cine-audiovisivo che non regolano le attività dell'interprete, ma soltanto le professionalità tecniche ivi impiegate⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Risoluzione del Parlamento Europeo 7 giugno 2007 sullo Statuto sociale degli artisti, (2006/2249), punto 28.

⁽⁴²⁾ L'art. 1 del d.l. n. 59 del 2019, convertito con la legge n. 81 del 2019, incentiva l'applicazione del contratto collettivo delle Fondazioni Lirico Sinfoniche anche ai soggetti finanziati dal Fondo Unico dello Spettacolo, V. Pinto, *Il reclutamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche fra tradizione e (apparente) rinnovamento*, DLM, 2019, 499-525.

⁽⁴³⁾ Con riferimento a queste ultime, gli ambiti di applicazione dei contratti collettivi non seguono una rigida scansione tra "tipi" di spettacolo, generando, pertanto, una contaminazione tra "generi" di produzioni. Si pensi, ad esempio, ai teatri di posa richiamati nel contratto collettivo nazionale sottoscritto da Anica e le parti sociali il 9 luglio 2019 che si applica «ai dipendenti, impiegati ed operai, della produzione cinematografica, televisiva e cartoni animati (escluso il personale addetto alle troupes delle produzioni cinematografiche). Allo stesso modo, il contratto collettivo nazionale per i dipendenti dell'impresa cine-audiovisiva sottoscritto il 16 luglio 2019 con le rappresentazioni datoriali delle imprese artigiane del settore, si applica anche agli impiegati delle aziende la cui attività esclusiva o prevalente è quella di esercizio dei teatri di posa. Sui rinvii alla contrattazione collettiva, A. Allamprese, *Organizzazione dei tempi di lavoro e contrattazione*

A titolo esemplificativo, il contratto collettivo sottoscritto 19 aprile 2018 per il personale artistico e tecnico scritturato dai Teatri stabili e dalle Compagnie professionali di prosa, che si applica al personale artistico e tecnico scritturato dai Teatri nazionali, dai Centri di produzione e dalle Compagnie teatrali professionali, prevede, alla clausola numero otto, rubricata “prove”, che al fine di «coniugare positivamente il livello di qualità della produzione con la tutela delle condizioni di lavoro dell'artista», vengono riconosciute un minimo di giornate di prova per garantire alle produzioni teatrali una qualificata preparazione del personale impiegato. Il contratto collettivo stabilisce, dunque, una misura forfettaria minima di giornate di prova da considerare come parametro per la realizzazione di una produzione di determinato livello qualitativo. Ne segue che la prova costituisce una giornata di lavoro le cui ore sono poi calcolate a seconda della prossimità alla messa in scena dello spettacolo. Il contratto collettivo distingue, infatti, per misurare l'orario medio di lavoro, se le prove sono svolte autonomamente e/o se le prove sono a ridosso dello spettacolo.

Le prove, al pari del tempo dell'interpretazione, sono sottoposte all'esercizio del potere direttivo e all'eventuale regime sanzionatorio. Il Regolamento, a cui si è fatto prima riferimento, si applica, infatti, anche alla prova che, ove non eseguita secondo le modalità prescritte, determina l'esercizio del potere disciplinare il cui procedimento e sanzioni sono ivi indicate.

La clausola in questione sembra in qualche modo ricalcare la c.d. clausola di protesta⁽⁴⁴⁾, di cui molto si è scritto, prevista nel contratto collettivo delle Fondazioni Lirico Sinfoniche, anticamente introdotta a favore del committente dell'opera per consentire il recesso immediato dal contratto instaurato con l'interprete se la sua prestazione non fosse stata giudicata idonea alla rappresentazione. Tale clausola «identifica una possibilità per il committente di liberarsi dalla scrittura teatrale, se giudica l'artista non idoneo al ruolo per il quale è stato scritturato. L'ipotesi più comune è quella dell'artista che, durante le prove, si riveli tecnicamente inadeguato o che non sia all'altezza dell'incarico perché non conosce la parte o, ancora, le cui prestazioni non soddisfino gli standard qualitativi che il committente intende offrire al suo pubblico. In questi casi, la protesta consente di interrompere il contratto»⁽⁴⁵⁾.

La clausola di protesta, pur non sottoposta nel suo esercizio a limiti temporali, per le finalità per il quale era stata prevista, impone al teatro di protestare l'artista che reputi non adeguato nell'immediato. In questo senso la protesta veniva esercitata nel periodo di prova, per evitare un maggior danno durante la rappresentazione. Si trova conferma di tale ricostruzione nel contratto collettivo del periodo corporativo, sottoscritto il 26 settembre

collettiva. I contratti collettivi nazionali di categoria, in B. Veneziani - V. Bavaro (a cura di), op. cit., 139-172; S. Laforgia, *Organizzazione dei tempi di lavoro e contrattazione collettiva. La contrattazione collettiva di secondo livello*, in B. Veneziani - V. Bavaro, op.cit., 183-212. Sulla contrattazione collettiva nel settore dello spettacolo, sia consentito rinviare a M. Vitaletti, *La dimensione "collettiva" del lavoro nello spettacolo*, cit.

⁽⁴⁴⁾ G. Magri, *Protesta (clausola di)*, in *Digesto*, SezCiv, Agg., Utet, 2016, 626.

⁽⁴⁵⁾ Cass. 20 agosto 2019, n. 21506

1932, all'art. 10 ove si stabiliva che il cantante poteva essere protestato liberamente nel corso delle prove, mentre durante le rappresentazioni soltanto in casi «gravi ed eccezionali», qualora vi sia una «manifesta disapprovazione del pubblico» e comunque non oltre le prime tre rappresentazioni ⁽⁴⁶⁾.

Il riconoscimento delle giornate di prova concorre, pertanto, a dilatare la durata del contratto di lavoro che si è detto, fisiologicamente, a tempo determinato. Tant'è che il *dies a quo* del contratto di scrittura, il più antico contratto di lavoro nello spettacolo ⁽⁴⁷⁾, anche esso disciplinato dall'accordo collettivo, coincide con l'inizio delle prove.

Il tempo della prova, qualificato come lavoro effettivo, essendo quantificato in giornate lavorative, si somma, in tal modo, al tempo dell'interpretazione definito dalla rappresentazione che può essere unica, come essere ripetuta attraverso un determinato numero di recite.

In questo senso il tempo della prova non si insinua negli spazi di non lavoro all'interno del rapporto di lavoro, edificato sul periodo della rappresentazione, ma assorbe il tempo “esterno” al medesimo, altrimenti considerato tempo di non lavoro, posticipando così l'apposizione del termine del contratto.

Il contratto collettivo per il personale dipendente delle Fondazioni Lirico sinfoniche sottoscritto il 24 luglio 2018, come il precedente, distingue il periodo di prova in ragione della professionalità artistica impiegata. Guardando, a titolo esemplificativo, l'orario di lavoro del tescicoreo (art. 90), il periodo delle prove è quantificato in ore, la cui entità varia a seconda del tipo di attività da svolgere rispetto allo spettacolo. È previsto inoltre un periodo a cui il tescicoreo è tenuto, al di fuori dell'orario di lavoro giornaliero, di lezioni per un minimo di giornate.

A differenza del contratto collettivo, prima considerato, il periodo delle prove non è, tuttavia, misurato in modo forfetario, ma segue una rigida scansione funzionale alle diverse fasi di preparazione della rappresentazione artistica.

3.1. I “tempi periferici”

Incidono sulla dimensione temporale della prestazione anche i tempi «periferici» dello spettacolo, a cui il contratto collettivo dei Teatri Nazionali dedica una voce autonoma, stabilendo che, ai fini dell'esaurimento dell'orario ordinario di lavoro, il tempo dedicato al

⁽⁴⁶⁾ Il periodo di esercizio del diritto di protesta può avvenire dopo la stipulazione del contratto, durante lo svolgimento delle prove, sino alla prima recita e, in casi più gravi ed eccezionali, durante una delle prime tre recite «qualora in dette recite l'artista abbia incontrato la manifesta disapprovazione del pubblico» (art. 10 c.c.n.l. 1932).

⁽⁴⁷⁾ *Il contratto mediante il quale un'impresa (o un impresario o una compagnia) “scrittura” il lavoratore*, a tal proposito, G. Magri, *Scritture teatrali*, in R. Sacco, diretto da, *Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Civile Aggiornamento*, Utet, 2010, 889 -912; V. Venturini, *Appunti sulle scritture teatrali*, in *Teatro e storia*, 2011, 1-54.

trucco ed allo strucco ⁽⁴⁸⁾, nonché il tempo quotidianamente dedicato alle prove di trucco e di costumi, deve essere computato nel normale orario di lavoro. Sono perfettamente riconoscibili, in questo caso, gli insegnamenti dalla giurisprudenza formatasi intorno ai tempi periferici ⁽⁴⁹⁾, come il c.d. tempo tuta, vale a dire il tempo di vestizione necessaria previsto per lo svolgimento di determinate attività. Quel tempo è considerato orario di lavoro, quando «il tempo necessario a indossare l'abbigliamento di servizio (c.d. tempo tuta), nel rapporto di lavoro subordinato costituisce tempo di lavoro soltanto ove esso sia qualificato da etero-direzione, in difetto l'attività di vestizione rientra nella diligenza preparatoria inclusa nella obbligazione principale del lavoratore e non dà titolo ad autonomo corrispettivo» ⁽⁵⁰⁾.

In questo senso, come per il periodo di prova, il tempo della vestizione, concorre alla definizione della dimensione temporale della prestazione in quanto soggetta al potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro e, dunque, sottoposto al vaglio degli indici adottati dalla giurisprudenza per qualificare quei tempi come «prestazione di lavoro» subordinato ⁽⁵¹⁾.

Si aggiunga che il medesimo contratto collettivo riconosce come tempo/orario anche il tempo impiegato dal lavoratore nella promozione della produzione artistica. Anche in questo caso si tratta di una prestazione accessoria e strumentale a quella principale la cui dimensione temporale viene inglobata nell'orario di lavoro.

4. Le ulteriori attività dell'interprete

Il periodo di prova riconosciuto nella contrattazione collettiva per lo spettacolo dal vivo, non si estende, tuttavia, come prima anticipato, agli interpreti impiegati nella produzione cinematografica, restando, pertanto, privo di valore giuridico il tempo di lavoro dell'interprete/attore prima di eseguire l'interpretazione durante la realizzazione dell'opera cinematografica, salvo considerare un suo riconoscimento come esito di una negoziazione individuale tra le parti. Volendo fare un esempio, quando l'attore arriva sulla scena per “provare” lo spettacolo e/o sul set cinematografico ha già svolto una attività propedeutica affinché il ruolo assegnato possa essere “testato” durante le prove della rappresentazione e inserito utilmente nell'organizzazione del lavoro.

⁽⁴⁸⁾ CCNL per il personale artistico, tecnico e amministrativo scritturato dai Teatri Nazionali, dai Teatri di Rilevante Interesse Culturale, dai Centri di produzione e dalle Compagnie teatrali professionali, e Regolamento di palcoscenico, 1° aprile 2018.

⁽⁴⁹⁾ Così S. Tournaux, *Les temps périphériques au travail*, *DS*, 2019, 634, richiamato da V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclo-fattorini)*, *RL*, 2020, 671.

⁽⁵⁰⁾ Cass. 7 giugno 2021, 15763.

⁽⁵¹⁾ G. Ricci, *In tema di orario di lavoro: il "tempo tuta"*, *FI*, 2012, 2348; G. Fontana, *La nozione di orario di lavoro e la questione della retribuibilità del cosiddetto "tempo tuta"*, *ADL*, 2012, 742-747.

In assenza di un contratto collettivo in materia, il riconoscimento di tutti i tempi di lavoro nel programma negoziale individuale sarà sostanzialmente rimesso alla volontà datore di lavoro/committente.

Stesse considerazioni valgono, tuttavia, anche per lo spettacolo dal vivo. La contrattazione collettiva si limita a riconoscere un numero forfettario di prove, espresso in un quantum minimo di giornate di lavoro, da considerare *ex ante* sufficienti a una corretta esecuzione dell'interpretazione sul palco. In qualche modo, si considera come tempo di lavoro effettivo soltanto quello strettamente correlato alla rappresentazione, restituendo una sorta di sequenza spazio-temporale tra prova e messa in scena dello spettacolo.

Può, però, dirsi che tutto il tempo impegnato dagli interpreti si esaurisce oltre che nell'interpretazione rappresentativa, nelle prove qualificate come orario di lavoro in quanto assoggettate al potere direttivo?

È su questa estremità che si insinua un tempo di lavoro che si riversa al di fuori del rapporto di lavoro, se pur funzionale all'esatto adempimento della prestazione principale durante rappresentazione.

Il periodo di preparazione corrisponde all'esercitazione necessaria per eseguire l'interpretazione di fronte al pubblico, la cui intensità può portare anche alla trasformazione stessa dell'attore incaricato. Si pensi a colui che deve assumere determinate caratteristiche fisiche per interpretare un determinato ruolo oppure imparare un dialetto. La preparazione necessaria al ruolo assegnato non avviene, di solito, soltanto durante la prova "ufficiale", ove prevista, dove quella preparazione semmai viene perfezionata in raccordo alla complessiva organizzazione del lavoro. È l'artista che dopo aver accettato la parte, si esercita ai fini della prova, a sua volta, prodromica alla rappresentazione.

Tra l'altro, la possibilità di recedere dal contratto di scrittura e/o di essere sottoposto a una sanzione disciplinare conservativa a fronte di una prestazione eseguita durante la prova e non considerata idonea per la rappresentazione futura, come prima accettato, sembra presupporre che l'interprete debba svolgere una attività preparatoria strumentale a una corretta esecuzione della stessa prova, quasi che, prima ancora della prova, l'interprete sia impegnato nella preparazione della prova.

Ciò consente anche di distinguere la preparazione dalla formazione in costanza del rapporto di lavoro tesa all'aggiornamento del lavoratore e/o quale elemento causale del contratto. L'obiettivo dell'apprendistato è quello di formare l'apprendista per raggiungere le competenze richieste per la prestazione per il quale è stato assunto e come tale è soltanto parzialmente retribuito se non in alcun modo soggetta all'erogazione di un trattamento economico, in quanto non assunta nella logica di scambio tra lavoro e retribuzione ⁽⁵²⁾. La

⁽⁵²⁾La lettura in materia guarda alla formazione come elemento costitutivo del lavoro, in linea con l'orientamento europeo che valorizza la formazione come strumento per allocare i lavoratori nel mercato del lavoro e consentirne la transizione da una professionalità all'altra nella convinzione che la promozione dell'inclusione sociale e la promozione delle pari opportunità nel mercato, possano essere contrastate mediante la formazione. Nel caso di specie, la preparazione ha tutt'altro significato in quanto non rivolta a sostenere l'interprete nel mercato del lavoro, ma è funzionale all'adempimento della prestazione principale.

preparazione si sostanzia, diversamente, in un tempo di lavoro dove la qualifica o se si vuole l'identità di interprete già appartiene al soggetto coinvolto.

La prova “fuori” dello spettacolo è, invece, in qualche modo prevista nell'ambito della contrattazione collettiva in vigore nell'ordinamento francese⁽⁵³⁾. Il contratto collettivo per il settore dello spettacolo privato dal vivo distingue, come nel nostro ordinamento, le prove in base al tipo di interpretazione. In via generale e per tutti le prove non sono predefinite in un numero minimo, ma sono suddivise tra prove relative allo spettacolo di cui è indicata la remunerazione e l'orario giornaliero nell'ambito delle quali si differenziano le prove ordinarie e le prove c.d. di arrivo svolte a ridosso della messa in scena dello spettacolo rispetto alle quali varia l'orario e la retribuzione. Sono però riconosciute le prove fuori dall'allestimento dello spettacolo, a loro volta, distinte tra prove di manutenzione e/o di esercizio e prove di aggiornamento qualora vengano individuate delle carenze nella prestazione dell'artista⁽⁵⁴⁾. In altri termini, la contrattazione collettiva nell'ordinamento francese attribuisce valore al tempo impiegato dall'interprete non soltanto rispetto all'attività svolta nello spettacolo, ma anche al tempo di lavoro impegnato al di fuori del medesimo. Quel tempo, in entrambi i casi, non è determinato a priori, ma viene misurato, di volta in volta, rispetto alla rappresentazione in cui è impiegato l'interprete.

4.1. La ‘preparazione’ fuori dall'orario di lavoro

Così definita, la preparazione è tempo di lavoro e, al pari della prova, consentirebbe una ulteriore dilatazione della dimensione temporale della prestazione e, di conseguenza, della durata del contratto, allentando anche il grado di discontinuità de lavoro.

Tuttavia, sotto questo profilo, si innesta la separazione tra quanto già riconosciuto come orario di lavoro (prove e interpretazione) e l'ulteriore tempo lavorato che si colloca al di fuori del rapporto di lavoro. La preparazione sfugge, infatti, alla logica dell'eterodirezione, in quanto rimessa, almeno fino a ora, all'autonomia del singolo. L'ipotesi che anche la preparazione, in altri termini la prova “fuori” dallo spettacolo, possa assumere un rilievo ai fini dell'orario di lavoro appare, infatti, antinomica ai criteri adottati fino ad ora per qualificare il tempo di lavoro nel rapporto di lavoro subordinato.

Quel tempo rileva soltanto se sottoposto ai vincoli dell'etero-direzione, pur essendo venuto meno l'ancoraggio al luogo materiale di esecuzione della prestazione, a partire dalla

⁽⁵³⁾ «Convention collective nationale des entreprises du secteur privé du spectacle vivant» 3 febbraio 2012. Tale accordo ha sostituito i seguenti testi in precedenza in vigore: contratto collettivo nazionale prorogato per teatri privati; contratto collettivo nazionale esteso che disciplina i rapporti tra imprese di spettacolo e artisti drammatici, lirici, burattinai, varietà e musicisti itineranti; contratto collettivo nazionale non prorogato canzone, varietà, jazz, musica contemporanea.

⁽⁵⁴⁾ «Convention collective nationale des entreprises du secteur privé du spectacle vivant», 3 febbraio 2012.

sentenza della Corte di Giustizia sui lavoratori in esterna ⁽⁵⁵⁾, privi di un luogo fisso o abituale di lavoro.

Il luogo di lavoro come spazio predefinito è diventato criterio recessivo prima ancora del ricorso diffuso al lavoro agile ⁽⁵⁶⁾ e, più in generale, alla destrutturazione degli spazi di lavoro osservata nella digitalizzazione dei processi produttivi. Il lavoro privo di uno spazio abituale di lavoro o reso al di fuori del luogo tradizionale di lavoro è, dunque, fisiologicamente espressione di alcune attività produttive e/o di servizi.

Guardando poi allo spettacolo, l'idea di spazio riferita alla rappresentazione ha sempre avuto una connotazione dinamica, in quanto non corrispondente soltanto ad un luogo "chiuso" di lavoro, a titolo esemplificativo il teatro, ma ad una messa in scena, al contempo o in alternativa, in ambienti aperti e mutevoli, in ragione del carattere itinerante di uno spettacolo.

Il fatto che la preparazione dell'interpretazione non sia soggetta al limite del luogo predefinito dal committente della produzione artistica, ma realizzata in uno spazio liberamente deciso dall'artista non costituisce, pertanto, elemento di discriminazione per sottrarre dall'orario di lavoro tale segmento di attività, tenuto conto che la stessa rappresentazione, a sua volta, non è vincolata ad uno spazio fisso.

Più complessa appare, invece, la verifica della sussistenza dell'esercizio del potere direttivo individuato dalla giurisprudenza come criterio qualificante il tempo come orario di lavoro. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, la direttiva europea 2003/88 non prevede spazi grigi e/o intermedi tra orario di lavoro e periodo di riposo, dovendo escludere dal primo soltanto il tempo gestito in modo libero dai lavoratori. In questo senso, la giurisprudenza qualifica come orario di lavoro, il tempo sottoposto ai vincoli del datore di lavoro, anche ove quel tempo non è lavorato, ma le direttive di quest'ultimo incidono «in modo oggettivo e molto significativo sulla facoltà per quest'ultimo di gestire liberamente, nel corso del medesimo servizio, il tempo durante il quale i suoi servizi professionali non sono richiesti e di dedicare detto tempo ai suoi interessi» ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ C. giust. 10 settembre 2015, causa C-266/14; e nota di A. Allamprese, *Tempo di viaggio domicilio-clienti e tempo di lavoro nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE*, LG, 2016, 262.

⁽⁵⁶⁾ Conclusioni dell'avvocato generale Giovanni Pitruzzella presentate il 6 ottobre 2020, Causa C-580/19, RJ contro Stadt Offenbach am Main «(...) il giudice del rinvio ritiene altresì che, relativamente alla questione della definizione della nozione di orario di lavoro, occorra prendere in considerazione il fatto che, stante la digitalizzazione del lavoro e l'esistenza del telelavoro, l'elemento dell'imposizione da parte del datore di lavoro di una specifica ubicazione del lavoratore dovrebbe assumere un ruolo secondario nella definizione della nozione in esame(...)», C. Caruso, L. Zappalà, *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, WP CSDLE, IT n. 439/2021; M. Magnani, *I tempi e i luoghi del lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo*, WP CSDLE, IT n. 404/2019.

⁽⁵⁷⁾ Corte di Giustizia sentenza 9 marzo 2021, causa C-344/19; In tal senso, C. giust. 21 febbraio 2018, causa C-518/15, punti da 63 a 66; e nota di M. Marinelli, *Orario di lavoro e periodo di riposo: un (potenziale) ripensamento della Corte di Giustizia*, ADL, 2018, 1172-1181; C. giust. 9 marzo, causa C-580/19; C. giust. C-303/98, EU:C:2000:528, punto 50. Sull'orario di lavoro, V. Leccese, *Il diritto del lavoro europeo: l'orario di lavoro. Un focus sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Relazione alla Scuola Superiore di Magistratura su Il Diritto sociale europeo, Firenze, 27-29 giugno 2016.

In altri termini, quando il periodo presupposto come tempo libero è soggetto a restrizioni che impediscono l'effettivo godimento del riposo, lo stesso viene attratto nell'orario di lavoro e di conseguenza retribuito.

Ora per il lavoro nello spettacolo la questione è rovesciata in quanto il lavoratore non è nella mera disponibilità del datore di lavoro, ma è impegnato in un *facere* che in quanto non soggetto al potere direttivo, ricadrebbe, diversamente, negli atti di diligenza preparatori all'attività lavorativa, diventando uno strumento di dilatazione dell'obbligazione del lavoratore ⁽⁵⁸⁾. Tale esito appare, tuttavia, una forzatura, non potendo attribuire alla preparazione una oggettiva funzione accessoria all'adempimento della prestazione principale. La preparazione non corrisponde ad una condotta ulteriore funzionale a rendere possibile la prestazione fondamentale, avendo a oggetto la medesima prestazione se pur ancora non "visibile" attraverso la sua esecuzione in pubblico o meglio, può dirsi che la preparazione costituisce la fase embrionale di una prestazione a formazione progressiva che si esaurisce nell'interpretazione di fronte agli spettatori.

Sarebbe allora più logico considerare come l'autonomia della preparazione si dispiega soltanto rispetto al luogo e alla collocazione temporale dell'adempimento, al pari di altre prestazioni di lavoro subordinate definite "senza orario" ⁽⁵⁹⁾, ma che sono compiutamente senza orario, come in questo caso, soltanto in parte senza orario, evocando, se pur sotto un profilo diverso, la dottrina che individua il discrimine tra tempo/lavoro e tempo/libero non nella nozione di orario, ma nell'utilità che la prestazione arreca all'organizzazione del lavoro ⁽⁶⁰⁾, qui alla produzione artistica.

Tra l'altro, l'autonomia nella preparazione può comunque essere confinata entro i limiti temporali concordati dalla contrattazione collettiva. Il tempo della preparazione può, infatti, essere agevolmente misurato. Il tempo resta, dunque, ancorato all'unità di misura principale, ma non come effetto della disciplina dell'orario di lavoro, ma come parametro per quantificare un periodo minimo di preparazione.

5. L'indennità di discontinuità

Resta poi il tempo di lavoro sottratto al vincolo della produzione/subordinazione che occupa i periodi di discontinuità tra un impiego e l'altro, di recente, all'attenzione del

⁽⁵⁸⁾ Cass.21 ottobre 2003, n. 15734; Cass.21 ottobre 2003, n. 15734; Cass., 8 settembre 2006, n. 19273. Sugli obblighi preparatori e la diligenza, P. Campanella, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Roma, 29-30 maggio 2014, Giuffrè, 2014, 296.

⁽⁵⁹⁾ L'art. 17, d.lgs 66/2003 esclude dalla disciplina legale dell'orario di lavoro «i lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi prestazioni di lavoro senza orario, l'eterodirezione si esprime nella conformità ad obiettivi predefiniti su cui si apprezza il controllo del datore di lavoro». L'art. 17 elenca un gruppo eterogeneo di lavoratori, facendo uso dell'espressione «in particolari», quasi ad escludere che possa trattarsi di una catalogazione tassativa.

⁽⁶⁰⁾ V. Bavaro, *Il tempo di lavoro*, op.cit., 241.

legislatore che qualifica un ulteriore segmento temporale, guardando all'attività artistica come condizione «permanente», “autonoma” rispetto al lavoro strettamente produttivo⁶¹.

Quel tempo è stato, in qualche modo, riconosciuto dall'ordinamento con la previsione di un intervento che si colloca al di fuori del rapporto di lavoro, sulla scorta, in parte, di quanto previsto dalla regolamentazione francese ⁽⁶²⁾.

L'art.1 comma 352 della legge di bilancio 20 dicembre 2021, n. 234, istituisce il «Fondo per il sostegno economico temporaneo- Set», evocando la necessità di garantire la continuità artistica alimentata dal perenne investimento creativo, ostacolato, tuttavia, dalla precarietà della condizione di artista che deve far fronte ai bisogni materiali fuori dal periodo dello spettacolo.

Tale Fondo era stato destinato per il 2022 ai lavoratori dello spettacolo che, in base all'articolo 2, primo comma, lettera a), del decreto legislativo 30 aprile 1997, n. 182, prestano a tempo determinato, attività artistica o tecnica, direttamente connessa con la produzione e la realizzazione di spettacoli.

Nelle more dell'adozione dei provvedimenti attuativi, il Fondo è stato trasferito per l'anno corrente, al Fondo per il sostegno dei lavoratori dello spettacolo dal vivo e dei settori del cinema e dell'audiovisivo, iscritti al Fondo pensione lavoratori dello spettacolo ⁽⁶³⁾, istituito con l'art. 89 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 al fine di sostenere i settori dello spettacolo, del cinema e dell'audiovisivo a seguito delle misure di contenimento del Covid-19, per le emergenze nei settori dello spettacolo e del cinema e audiovisivo le cui modalità di ripartizione e assegnazione delle risorse agli operatori dei settori, ivi inclusi artisti, autori, interpreti ed esecutori, sono state nel tempo definite dai decreti del Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo ⁽⁶⁴⁾.

In ogni caso, la misura prevista, i cui obiettivi si discostano da quelli perseguiti con le comuni misure di sostegno al reddito ⁽⁶⁵⁾, sembra accogliere la riflessione della

⁽⁶¹⁾ M. Tiraboschi, *Mercati, regole, valori*, op. cit., 31.

⁽⁶²⁾ Lo specifico regime intermittente è stato creato nel 1936 per rispondere alla discontinuità occupazionale nel settore delle arti dello spettacolo. Dagli anni '60 fruiscono del medesimo sistema gli operai e tecnici a fronte di determinate condizioni. Nel 2016 è stato firmato tra le organizzazioni sindacali per i dipendenti dello spettacolo, del cinema e dell'audiovisivo e l'Unedic (Unione nazionale interprofessionale per l'occupazione nell'industria e nel commercio) un accordo sulle regole di assicurazione contro la disoccupazione specifiche per gli artisti e tecnici intermittenti dello spettacolo.

⁽⁶³⁾ Era stata prevista una dotazione di 40 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2022. La legge 28 marzo 2022, n. 25, l'articolo 8 dopo il comma 4, ha inserito il comma 4 bis, che stabilisce «nelle more dell'adozione del provvedimento normativo di cui all'articolo 1, comma 352, della legge 30 dicembre 2021, n. 234, volto a introdurre nell'ordinamento un sostegno economico temporaneo in favore dei lavoratori di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 30 aprile 1997, n. 182, le risorse per l'anno 2022 del Fondo ivi previsto, pari a 40 milioni di euro, sono trasferite al Fondo di parte corrente di cui all'articolo 89, comma 1, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020 n. 27, per il sostegno dei lavoratori dello spettacolo dal vivo e dei settori del cinema e dell'audiovisivo, iscritti al Fondo pensione lavoratori dello spettacolo».

⁽⁶⁴⁾ L'ultimo Decreto del Direttore generale Spettacolo rep. n. 74 del 22 marzo 2022 recante Assegnazione del contributo ai sensi del D.M. 2 novembre 2021, rep. n. 388.

⁽⁶⁵⁾ I lavoratori dello spettacolo possono accedere alla Naspi istituita dall'articolo 1, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22. Si rammenta, inoltre, che il decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni,

Risoluzione Europea del 2007 che definisce, come prima accennato, il lavoro dell'artista come "permanente", teso, dunque, a riempire quel tempo non coperto dall'ingaggio per una rappresentazione che caratterizza in modo fisiologico il lavoro nello spettacolo, ma comunque impegnato nella formazione e nella preparazione ⁽⁶⁶⁾.

L'intervento approvato attribuisce, per la prima volta, valore giuridico a un tempo non riconducibile al rapporto di lavoro, interrompendo così il binomio tra occupazione e/o disoccupazione, correggendo, in tal senso, anche le disfunzioni presenti nei contratti di lavoro, ascrivendo all'intervento pubblico, sia il costo della discontinuità della produzione artistica, sia il costo del tempo di lavoro impiegato per lo spettacolo, ove non assorbito nel contratto di lavoro.

Al Fondo, però, occorre attribuire un significato più ampio, in quanto apre uno scenario che esula dall'idea di lavoro come rapporto di scambio, in quanto compie un passo avanti verso il processo di affermazione della dimensione artistica quale stato giuridico isolato dal lavoro produttivo, affrancando l'artista da quel «dilettantismo permanente e largamente diffuso» dovuto alla difficoltà di fare del suo lavoro un mestiere stabile ⁽⁶⁷⁾.

Tale necessità assolve anche al compito, qui soltanto accennando, di rendere effettivo il progetto costituzionale che rimette con l'art. 9 alla Repubblica il compito di promuovere la politica della cultura di cui lo spettacolo è una espressione ⁽⁶⁸⁾.

dalla legge 23 luglio 2021, n. 106, all'art. 66 ha introdotto una nuova indennità per la disoccupazione, denominata Alas, rivolta ai lavoratori autonomi dello spettacolo di cui all'articolo 2, comma 1, lett. a) e b), d. lgs. n. 182/1997. Sono destinatari della nuova prestazione Alas i lavoratori autonomi che prestano a tempo determinato attività artistica o tecnica, direttamente connessa con la produzione e la realizzazione di spettacoli (articolo 2, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 182/1997), nonché i lavoratori autonomi a tempo determinato che prestano attività al di fuori delle ipotesi di cui all'articolo 2, comma 1, lett. a), sopra riportate e i lavoratori autonomi "esercenti attività musicali" di cui al punto 23-bis) dell'articolo 3, co. 1, d. lgs. del Capo provvisorio dello Stato 16 luglio 1947, n. 708, inserito dall'articolo 3, comma 98, l. n. 350/2003

⁽⁶⁶⁾ Nel progetto di legge presentato il 9 dicembre 2020, n. 2039, l'elemento della discontinuità del lavoro nel settore creativo, dello spettacolo e delle arti performative è denunciato in modo più sicuro, come dato strutturale che richiede uno strumento specifico di salvaguardia del tempo che questi lavoratori dedicano allo studio, alla ricerca, alla preparazione, all'ideazione, all'aggiornamento professionale costante e continuo, perché quel tempo costituisce il presupposto indispensabile ed è parte integrante di quello di effettivo di lavoro. Tale definizione rende anche più evidente la differenza con le misure di disoccupazione.

⁽⁶⁷⁾ Pubblicato per la prima volta con lo pseudonimo di Francis Newton, il saggio *Storia sociale del Jazz* non è soltanto il tributo dell'autore del "Secolo breve" al jazz e all'impatto rivoluzionario che questo genere musicale ebbe sulla società dei suoi tempi, ma è anche e soprattutto una riflessione sui meccanismi che caratterizzano l'industria dello spettacolo E. Hobsbawm, *Storia sociale del Jazz*, Roma, Editori Riuniti, 1982, riedizione *Storia sociale del jazz. Una rivoluzione di suoni*, Mimesis Edizioni, 2020, 244.

⁽⁶⁸⁾ F. Merusi, *Art. 9 commentario della Costituzione*, op.cit.; M. Cecchetti, Art. 9, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti a cura di, op.cit.; M. Ainis - M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura*, op.cit., G. Repetto, *Il diritto alla cultura*, www.gruppodipisa.it.; S. Settis, *Il diritto alla cultura nella Costituzione italiana*, Udine, 2016, 25 «La cultura fa parte dello stesso identico orizzonte di valori costituzionali che include il diritto al lavoro, la tutela della salute, la libertà personale, la democrazia. Perciò dobbiamo, è vero, rilanciare l'etica della cittadinanza, puntando su mete necessarie come giustizia sociale, tutela dell'ambiente, diritto al lavoro, priorità del bene comune sul profitto del singolo, democrazia, uguaglianza. Ma perché queste mete siano praticabili e concrete è altrettanto necessaria la piena centralità della cultura».

Fino a ora la promozione della cultura è stata interpretata prevalentemente come sostegno economico dello Stato per i soggetti giuridici che producono le rappresentazioni artistiche nelle loro diverse manifestazioni. Il finanziamento non è del tutto slegato dal lavoro, ma il nesso si manifesta sotto forma di raccordo formale, senza che vi sia un reale radicamento concettuale del lavoro nel sistema spettacolo che resta a margine dei meccanismi di promozione della cultura, chiusa a quella pluralità di iniziative e strumenti che presuppongono nella loro complessità il fenomeno dello Spettacolo ⁽⁶⁹⁾.

Il precetto costituzionale è orientato alla difesa della politica della cultura rispetto alle asimmetrie di mercato e alla possibile colonizzazione ad opera di alcune e non altre politiche culturali ⁽⁷⁰⁾, garantendo al cittadino-consumatore la libertà di fruizione delle diverse espressioni culturali.

La rete dei rapporti di lavoro che concorrono al trasferimento verso la collettività del valore cultura, anche nel caso in cui l'ordinamento continua ad esercitare un controllo sui rapporti di lavoro ⁽⁷¹⁾, è rimasta, fino ad ora, estranea alle politiche culturali, se non mediante interventi frammentati e derogatori rispetto alla disciplina generale dei contratti di lavoro, volti essenzialmente a ridurre la spesa pubblica e non ordinati secondo le specificità del lavoro in tale settore. Il difetto sociale dell'ermeneusi costituzionale si cattura, pertanto, nella separazione dal contesto organizzativo e produttivo attraverso il quale il valore cultura si esprime, determinando una strutturale disparità tra le parti contrattuali in rapporto alla sfera pubblica che attraversa le sole posizioni soggettive destinatarie dei finanziamenti, ma non i soggetti che consentono la realizzazione della produzione artistica finanziata.

La tutela del lavoro artistico trova, pertanto, nel Fondo, un primo riconoscimento concreto e predisposto in ragione delle specifiche caratteristiche dell'attività svolta in tale settore, potendo l'apporto creativo svilupparsi e resistere nel tempo, soltanto quando affrancato dalla dimensione materiale e non necessariamente agganciato alla produzione artistica, così potendo riconoscere del tempo di lavoro artistico due dimensioni: quella annessa al rapporto di lavoro e quella oltre il rapporto di lavoro che non si configura come

⁽⁶⁹⁾ F. Rimoli, *L'arte*, in S. Cassese, a cura di, *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Speciale*, Giuffrè 2003, Tomo II, 1524 ss.

⁽⁷⁰⁾ N. Bobbio, *Politica e cultura*, Einaudi, 1955, ristampa 2005, 22.

⁽⁷¹⁾ È il caso delle Fondazioni lirico sinfoniche e degli enti concertistici assimilati che pur essendo stati privatizzati, conservano una impronta pubblicistica. Sul tema diversi i contributi, soprattutto sul versante della disciplina dei contratti a termine, V. De Michele, *La sentenza Sciotto della Corte Ue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro con la Consulta e nel recente dialogo con la Cassazione*, WP CSDLE, IT n. 383/2019; C. giust. 26 febbraio 2015, C-238/14; sui contratti a termine sottoscritti dalle Fondazioni Lirico sinfoniche, M. Marinelli, *Il contratto a termine nelle fondazioni liriche*, VDL, 2020, 803-817; F. Santoni, *La disciplina dei contratti di lavoro a termine negli enti lirici tra diritto comune e regole speciali*, WP CSDLE, IT n.416/2020; G. Natullo, *La (in)stabile precarietà del lavoro a termine nelle Fondazioni lirico-sinfoniche*, DLM, 2019, 320-341; V. Pinto, *Il reclutamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche fra tradizione e (apparente) rinnovamento*, DLM, 2019, 499-525; S. Mainardi - D. Casale, *Il personale delle Fondazioni lirico-sinfoniche dopo la conversione del decreto legge n. 64/2010*, *Aedon*, 2010, 1-10; sia consentito rinviare a M. Vitaletti - D. De Feo, *Contratto a tempo determinato e Fondazioni lirico-sinfoniche. Riflessioni intorno alle modifiche introdotte dall'art. 1 della legge n. 81/2019*, *Aedon*, 3/2019, 1-12.

tempo/libero, almeno per quelle attività in cui l'oggetto della prestazione (l'apporto creativo), rappresenta anche una condizione generale del lavoratore.

Tale prospettiva sembra, ora, radicarsi, nel disegno di legge A.C. 3625/2022, prima citato, che delega il Governo ad adottare una serie di decreti legislativi secondo principi e criteri direttivi volti ad introdurre tutele orientate alla specificità del lavoro artistico e il suo carattere strutturalmente discontinuo. In particolare, per la prima volta, l'ordinamento riconosce «i lavoratori e i professionisti dello spettacolo nella pluralità delle diverse modalità e forme espressive, anche tenendo conto delle prospettive offerte dalle tecnologie digitali in termini di espressioni culturali (...) il (loro) ruolo sociale (...) quale fattore indispensabile per lo sviluppo della cultura e strumento di diffusione della conoscenza della cultura e dell'arte italiane in Europa e nel mondo» ⁽⁷²⁾.

L'arte, ha scritto E. Hobsbawm ⁽⁷³⁾, sopravvive, del resto, soltanto quando viene riconosciuta, nella sua continuità, come professione.

⁽⁷²⁾ D.L. A.C. 3625/2022 art. 1 modifiche all'art. 1, l. 22 novembre 2017, n. 175,

⁽⁷³⁾ E. Hobsbawm, op.cit., 244.

Bibliografia

- Ainis M. - Fiorillo M., *L'ordinamento della cultura*, Giuffrè, 2015.
- Allamprese A., *Tempo di viaggio domicilio-clienti e tempo di lavoro nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE*, Nota a CGUE sez. III 10 settembre 2015 (causa C-266/14), *LG*, 2016, 262 ss.
- Allamprese A., *Organizzazione dei tempi di lavoro e contrattazione collettiva. I contratti collettivi nazionali di categoria*, in B. Veneziani - V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci Editore, 2009, 139-172.
- Battelli E. (a cura di), *Diritto privato dello Spettacolo*, Giappichelli, 2020.
- Baumol W.J. - Bowen W. G., *Performing Arts – The Economic Dilemma*, Twentieth Century Fund, 1966.
- Baumol W.J. - Batey Blackman S. A., *Electronics, the Cost Disease, and the Operation of Libraries*, in *JASIS*, 1983, 182 ss.
- Bavaro V., *Il tempo di lavoro nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci Editore, 2008.
- Bavaro V., *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, *RGL*, 2018, I, 53 ss.
- Bavaro V., *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclo- fattorini)*, *RL*, 2020, 671 ss.
- Bavaro V., *Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro subordinato*, in B. Veneziani - V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci Editore, 2009, 37 ss.
- Betti E., *Le categorie civilistiche dell'interpretazione. Prolusione al corso di diritto civile pronunciata il 15 maggio 1948*, in E. Betti, *Interpretazione della legge e atti giuridici*, Giuffrè, 1971, 11 ss.
- Bobbio N., *Politica e cultura*, Einaudi, 1955, ristampa 2005.
- P. Campanella, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Roma, 29-30 maggio 2014, Giuffrè, 2014
- Carabelli U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto e post-taylorismo*, in *WP CSDLE*, IT, n. 5/2003.
- Carinci M.T. - Ingrao A., *Il lavoro agile: criticità emergenti e proposte per una riforma*, *LLI*, 2021, R. 11 ss.
- Carpentieri P., *Il diritto amministrativo dell'eccellenza musicale italiana: l'organizzazione e il finanziamento delle fondazioni lirico-musicali*, in G. Resta, (a cura di), *L'armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, Roma Tre Press, 2020.
- Caruso C. - Zappalà L., *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in *WP CSDLE*, IT, n. 439/2021.
- Mainardi S. - Casale D., *Il personale delle Fondazioni lirico-sinfoniche dopo la conversione del decreto-legge n. 64/2010*, *Aedon*, 2010, 1-10.
- Casini L., *Il nastro dei sogni? Il diritto (pubblico) del cinema e dell'audiovisivo*, *Aedon*, 2017, 3 ss.
- Cecchetti M., *Art. 9*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, 2006, 219 ss.
- Damaso M., Badia T., Rosana G., Kiss K., Bertagni S., Weisinger M., *The Situation of Artists and Cultural Workers and the post- COVID-19 Cultural Recovery in the European Union*, European Parliament's Committee on Culture and Education, marzo 2021.
- De Michele V., *La sentenza Sciotto della Corte Ue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro con la Consulta e nel recente dialogo con la Cassazione*, in *WP CSDLE*, IT, n. 383/2019.
- Dell'Aversa F., *Il diritto delle arti e dello spettacolo oltre la pandemia: idee per il superamento di un'emergenza culturale*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, 161-173.
- Filippi M. - Marocco M. - Quaranta R. - Scicchitano S., *Il lavoro discontinuo di breve e brevissima durata in Italia nell'ultimo decennio: l'evidenza dei dati amministrativi*, in *WP INAPP*, n. 45, 2020.
- Genin E., *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *IJCLLR*, 2016, vol. 32, n. 3, 280 ss.

- Heilbrun J., *Baumol's Cost Disease*, in R. Towse, a cura di, *A Handbook of Cultural Economics*, Edward Elgar Publishing, 2003.
- Hobsbawm E., *Storia sociale del Jazz*, Roma, Editori Riuniti, 1982.
- Iervolino P., *Sulla qualificazione del rapporto di lavoro degli influencers*, in *LLI*, 2021, 2, 26-51.
- Laforgia S., *Organizzazione dei tempi di lavoro e contrattazione collettiva. La contrattazione collettiva di secondo livello*, in B. Veneziani, V. Bavaro, *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci Editore, 2009, 37.
- Leccese V., *Il part-time e il lavoro intermittente nell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (gruppo Just Eat)*, in *LLI*, 2021, 7, 1.
- Leccese V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, 2001.
- Loffredo A., *Autodeterminazione della prestazione, poteri e tempo: dirigenti e lavoro a progetto*, in B. Veneziani - V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci Editore, 2009, 53.
- Magnani M., *I tempi e i luoghi del lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo*, in *WP CSDLE*, IT, n. 404/2019.
- Magri G., *Protesta (clausola di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, Utet, 2016, 626 - 633.
- Magri G., voce *Scritture teatrali*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, Utet, 2010, 889 – 912
- Mango L., *La simulazione tecnologica, Una questione linguistica nella sperimentazione teatrale italiana*, in *Scritture della performance*, 2015, 47.
- Macmillan F., *Il diritto d'autore nell'era digitale: verso il declino dell'originalità dell'opera?* G. Resta, (a cura di), *L'armonia nel diritto tributari a una riflessione su diritto e musica*, RomaTre Press, 2020, 109 ss.
- Marinelli M., *Il contratto a termine nelle fondazioni liriche*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2020, 803-817.
- Menger P. M., *Portrait de l'artiste en travailleur*, Seuil, 2002.
- Merusi F., *Art. 9*, in G. Branca, (a cura di), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, Zanichelli - Il foro italiano, 1975, 434.
- Miscione M., *Le indennità di disoccupazione*, Giappichelli, 2021.
- Natullo G., *La (in)stabile precarietà del lavoro a termine nelle Fondazioni lirico-sinfoniche*, in *DLM*, 2019, 320-341.
- Pallini M., *Il rapporto di lavoro giornalistico: uno smart working ante litteram*, in *WP CSDLE*, IT. n. 423/2020.
- Perulli A., *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE*, IT. n. 365/2018.
- Pinto V., *Il reclutamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche fra tradizione e (apparente) rinnovamento*, in *DLM*, 2019, 499-525.
- Repetto G., *Il diritto alla cultura*, www.gruppodipisa.it.
- Resta G. (a cura di), *L'armonia nel diritto tributari a una riflessione su diritto e musica*, Roma Tre press, 2020.
- Resta G., *Il giudice e il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema 'diritto e musica'*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, 435-460.
- Resta G., *Variazioni comparatistiche sul tema: diritto e musica*, in www.comparazionedirittiocivile.it
- Ricci G., *In tema di orario di lavoro: il "tempo tuta"*, in *FI*, 2012, 2348-2349.
- Ricci G., *La nuova disciplina del "lavoro agile"*, in *NLCC*, 2018, 3 ss.
- Rimoli F., *Interpretazione, forma, funzione: sulle presunte affinità tra l'agire giuridico e l'agire musicale*, in G. Resta (a cura di), *L'armonia nel diritto tributari a una riflessione su diritto e musica*, Roma Tre press, 2020.
- Rimoli F., *L'arte*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Speciale*, Giuffrè 2003, Tomo II, 1524.
- Rota A., *I creatori di contenuti digitali sono lavoratori?*, in *LLI*, 2, 2021, 7, 2, I. 1 ss.
- Santoni F., *La disciplina dei contratti di lavoro a termine negli enti lirici tra diritto comune e regole speciali*, in *WP CSDLE* IT. n. 416/2020.
- Settis S., *Il diritto alla cultura nella Costituzione italiana*, Forum Edizioni, Udine, 2016.
- Tiraboschi M., *Mercati, regole, valori*, in *Persona e lavoro tra tutele e mercato atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Udine*, 13-14 giugno 2019, Giuffrè, 2020, 99.
- Torselli L., *Il lavoro degli influencers, perversi di tutela*, in *LLI*, 2020, 2, 52-71.
- Tournaux S., *Les temps périphériques au travail*, in *DS*, 2019, 634 ss.

- Trimarchi M., *La tecnomusa: innovazione e organizzazione nello spettacolo dal vivo*, in *Economia della Cultura, Rivista trimestrale dell'associazione per l'economia della Cultura*, 2004, 189-198.
- Venturini V., *Appunti sulle scritture teatrali*, in *Teatro e storia*, 2011, 1-54.
- Vitaletti M. - De Feo D., *Contratto a tempo determinato e Fondazioni lirico-sinfoniche. Riflessioni intorno alle modifiche introdotte dall'art. 1 della legge n. 81/2019*, in *Aedon*, 2019, 3, 1-12.
- Vitaletti M., *La dimensione "collettiva" del lavoro nello spettacolo*, in *DRI*, 2021, 666-686.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

L'estensione dell'art. 36 Cost. al lavoro autonomo: tra chiusure giurisprudenziali e aperture legislative

CHIARA GARBUIO
Università Ca' Foscari Venezia

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695





L'estensione dell'art. 36 Cost. al lavoro autonomo: tra chiusure giurisprudenziali e aperture legislative

CHIARA GARBUIO

Università Ca' Foscari Venezia
Ricercatrice di Diritto del lavoro
chiara.garbuio@unive.it

ABSTRACT

The aim of the present study, starting from the renewed centrality of Article 35 of the Constitution postulating the protection of the work in all its forms and applications, is to investigate the possible (and necessary) extension of Article 36 of the Constitution to the area of self-employment. Through the review of jurisprudential interpretations and the legislative developments, the paper intends to find a point of synthesis that allows for the extensive application of the principle of fair pay to all personal work in favor of others.

Keywords: lavoro autonomo; equo compenso; retribuzione proporzionata e sufficiente; dignità professionale.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/15098>

L'estensione dell'art. 36 Cost. al lavoro autonomo: tra chiusure giurisprudenziali e aperture legislative

SOMMARIO: 1. La riconsiderazione dell'unicum lavoro e l'estensione conseguente di tutti i diritti costituzionali in materia di lavoro ad ogni sua forma e applicazione. – 2. Breve esegesi dell'art. 36 Cost. tra proporzionalità e sufficienza (senza dimenticare libertà e dignità). – 3. La chiusura dell'interpretazione giurisprudenziale. – 4. Gli interventi di apertura del legislatore. – 4.1. Le collaborazioni a progetto e i soci lavoratori di cooperativa. – 4.2. L'equità retributiva dei giornalisti non subordinati. – 4.3. Il compenso dei *rider* autonomi. – 4.4. L'equo compenso dei professionisti. – 5. Tra chiusure e aperture, una (doverosa) convergenza.

1. La riconsiderazione dell'unicum lavoro e l'estensione conseguente di tutti i diritti costituzionali in materia di lavoro ad ogni sua forma e applicazione

Da qualche tempo è in atto un sommovimento per rimettere al centro delle politiche di diritto il lavoro personale a favore di altri, con il suo bisogno di tutele, indipendentemente dal fatto che esso sia riconducibile alla categoria giuridica della subordinazione⁽¹⁾.

Preso atto che la dicotomica contrapposizione tra subordinazione e autonomia non riesce a fotografare la sfaccettata realtà produttiva, non resta che «cercare la complessità», cioè a dire «integrare allo stesso tempo le molteplici dimensioni di una stessa realtà»⁽²⁾. In fondo, il punto di partenza della rinnovata centralità del lavoro (di tutto il lavoro), quel lavoro che l'art. 35, co. 1, Costituzione vorrebbe tutelato in tutte le sue forme e applicazioni, è proprio la sua appartenenza ad una immanente organizzazione capitalistica e logica di rapporti sociali di produzione; di talchè, che esso venga ricondotto alla subordinazione o ne rimanga escluso, pur sempre di una attività a favore di altri si tratta, come tale bisognosa di tutele.

Se l'attuale capitalismo digitale ha certamente incrementato il numero di figure autonome, sottopagate e discontinue enfatizzando una necessaria presa di posizione, non è considerazione nuova che il Diritto del lavoro - quello di oggi, come quello che ha caratterizzato gli ultimi decenni - non possa più accettare né un'eclissi dell'art. 35 Cost. -

⁽¹⁾ A. Perulli, *Una critica del lavoro autonomo*, *LD*, 2022, 1, 208. Dello stesso A. si veda anche, *Il diritto del lavoro e il "problema della subordinazione"*, *LLI*, 2020, 2; ID., *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021, 15; così come di A. Perulli - T. Treu, *"In tutte le sue forme e applicazioni": per un nuovo Statuto del lavoro*, manoscritto.

⁽²⁾ Questo il monito del filosofo E. Morin, *I miei filosofi*, Erikson, 2011, 21, ma dello stesso A., anche, *La sfida della complessità*, ed. 202^o, Le lettere.

tanto citata e tanto sottovalutata allo stesso tempo⁽³⁾ - né tantomeno accogliere una lettura dell'art. 35 Cost. che ne estrometta il lavoro autonomo⁽⁴⁾.

La miopia valutativa del passato, che pure non ha impedito al lavoro autonomo di moltiplicarsi in una pluralità di figure, non può continuare a limitare la tutela delle forme e delle manifestazioni del lavoro. La tutela, infatti, «non presuppone lo stato soggettivo del destinatario, come veniva inteso in passato, ma è semplicemente collegata con l'essere lavoratore»⁽⁵⁾, pertanto, è una scelta del legislatore ordinario decidere a quale forma di lavoro accordarla. Il portato dell'inclusione *effettiva* del lavoro autonomo nel campo applicativo dell'art. 35 Cost. è l'estensione di tutti i diritti costituzionali in materia di lavoro ad ogni forma e applicazione di esso, a patto che i valori sottesi a quei diritti consentano una tale apertura. Ed è in questo solco che, tra gli altri, dovrebbe ricadere anche il principio ad una giusta mercede sancito dall'art. 36, co. 1. Caduto l'ostacolo semantico della retribuzione come lemma da riferirsi esclusivamente al lavoro subordinato⁽⁶⁾, c'è da chiedersi se *il lavoro* - quello autonomo compreso - necessiti dell'ombrello protettivo sancito dal principio che vuole la retribuzione proporzionata e sufficiente e, per mezzo di essa, permetta a chi lavora di condurre una vita libera e dignitosa.

Tornando ai valori che la norma costituzionale sottende, vuol dire in buona sostanza chiedersi se la persona che lavora debba partecipare ad un modo di vita libero e dignitoso che renda presenti le condizioni materiali e morali del rispetto del Sé, garantendo al contempo la libertà piena di aprirsi all'altro e di ricercare la propria espansione, senza momenti di negazione o abbandono⁽⁷⁾.

Il dilagare del lavoro digitale e su piattaforma ha evidenziato con brutalità la debolezza economica di *gig workers* formalmente autonomi, ma la stessa sorte, sebbene con gradi e sfumature diverse, tocca anche i più tradizionali professionisti della conoscenza che mercato globale, concorrenza e innovazione tecnologica hanno contribuito ad impoverire ulteriormente. Si assiste da tempo, infatti, ad una crisi reddituale di *freelance* e (non solo giovani) professionisti, anche iscritti ad ordini e collegi, che patiscono una inesorabile condizione di vulnerabilità⁽⁸⁾. Tale soggezione economica, che insieme svilisce la dignità professionale e personale di colui che lavora per altri, chiede di essere presa in debita considerazione, rientrando a pieno titolo nel ventaglio di ipotesi al quale l'art. 36 Cost, co. 1, mira a fornire tutela.

⁽³⁾ F. Martelloni, *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, RIDL, 2020, 3, 399.

⁽⁴⁾ Una tale considerazione veniva già proposta da M. Napoli, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, JUS, 2008, 1, 59, il quale evidenziava che se il Diritto del lavoro in passato non ha saputo estendere la tutela verso il mondo del lavoro autonomo, ciò è dipeso da fattori contingenti e non strutturali e in particolare dalla convinzione che il lavoro autonomo non necessitasse di tutele.

⁽⁵⁾ M. Napoli, *op. cit.*, 68.

⁽⁶⁾ M. Napoli, *op. cit.*, 72.

⁽⁷⁾ P. Zatti, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, NGCC, 2012, 6, 380.

⁽⁸⁾ O. Razzolini, *La subordinazione ritrovata e la lunga marcia del lavoro autonomo*, LLI, 2020, 2, 141; anche L. Casano, *Sul reddito dei professionisti: le professioni non organizzate in ordini e collegi*, LDE, 4, 2021.

Rimesso in asse il lavoro onnicomprensivo di cui all'art. 35 Cost. e l'autonomia come forma e applicazione di quel tutto e, conseguentemente, riconsiderate sotto questa nuova luce le norme costituzionali ad esso collegate, non vi è spazio per una interpretazione dell'art. 36 Cost. che si limiti a contemplare il solo *locus* della subordinazione, a patto di relegare i principi di libertà e dignità - richiamati espressamente dall'art. 36 - e quello - sotteso - di eguaglianza⁽⁹⁾ in quell'unica porzione di lavoro, escludendone tutte le altre.

2. Breve esegesi dell'art. 36 Cost. tra proporzionalità e sufficienza (senza dimenticare libertà e dignità)

Non occorre in questa sede dare atto della ben nota densità assiologica racchiusa nell'art. 36 Cost., né tantomeno richiamare la fondamentale apertura teleologica della giurisprudenza atta a conferirne una valenza di norma precettiva e non solo programmatica. Dalla metà del secolo scorso in poi, avallando l'estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi di categoria, i giudici di legittimità hanno così cristallizzato il diritto del lavoratore a percepire una retribuzione parametrata sul *quantum* da quelli fissato⁽¹⁰⁾, contribuendo alla costituzione di un concetto di «retribuzione fondamentale», che incorpora il valore reale del salario⁽¹¹⁾.

La disposizione *de qua* non si atteggia solo a diritto sociale, orientato come tale ad affrancare moltitudini di lavoratori dalla morsa di salari miserrimi, ma assurge a diritto fondamentale della persona che lavora, tratteggiando i confini di «un'area di garanzia in cui la sua personalità fisica e morale viene tutelata nel senso più ampio dell'espressione»⁽¹²⁾. Nel momento in cui l'art. 36, al co. 1, sancisce che il lavoratore ha diritto a ricevere una retribuzione proporzionata alla qualità e quantità del suo lavoro, e che questa retribuzione debba essere in ogni caso sufficiente ad assicurargli nel contesto familiare un'esistenza libera e dignitosa, sorpassa una logica squisitamente sinallagmatica per approdare nel campo delle finalità etico-sociali e realizzare una sinergica fusione tra valori negoziali e diritti fondamentali - la libertà e la dignità - afferenti all'intima condizione umana.

⁽⁹⁾ G. Ricci, *Il diritto alla retribuzione adeguata fra Costituzione, mercato ed emergenza economica*, WP CSDLE. It. n. 163/2012, 9, che riprende la ripartizione di S. Baer, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, *University of Toronto Law Journal*, 2009, vol. 59, 417.

⁽¹⁰⁾ Così G. Ricci, *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, LD, 2011, 4, 637, ricorda che sul solco della lettura di illustre dottrina, la giurisprudenza, già a partire dalla «storica sentenza di Cass. 21 febbraio 1952, n. 461, ha promosso uno dei più longevi filoni giurisprudenziali che si ricordino»; ma anche, in argomento; T. Treu, *Commentario alla Costituzione*, Tomo I, sub art. 36, a cura di G. Branca, Zanichelli, 72; M. Roccella, *I salari*, Il Mulino, 1986; G. Zilio Grandi, *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, Jovene, 1996; S. Bellomo, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Torino, 2002; E. Menegatti, *Il salario minimo legale*, Giappichelli, 2017.

⁽¹¹⁾ G. Ricci, *ult. op. cit.*, 638.

⁽¹²⁾ Così F. Mortillaro, *Retribuzione: Rapporto di lavoro privato*, in *Enc. Giur.*, XXVII, 1991, 3.

La retribuzione deve rispondere a due caratteri essenziali, uno di matrice oggettiva, l'altro di matrice soggettiva⁽¹³⁾: deve innanzitutto essere congrua, vale a dire commisurata alla qualità e quantità del lavoro svolto, intesi quali coefficienti obiettivi che consentono la valutazione della durata e dell'intensità dell'impiego di energie psico-fisiche, così come del merito ascrivibile al lavoratore⁽¹⁴⁾; deve in secondo luogo - «e in ogni caso» - essere tale da garantire al lavoratore e alla sua famiglia un tenore di vita socialmente adeguato alle loro esigenze, qualcosa in più cioè della mera sussistenza o del minimo vitale⁽¹⁵⁾, che consenta una partecipazione piena dei diritti civili e politici di colui che, lavorando, contribuisce al progresso sociale ed economico della comunità in cui vive⁽¹⁶⁾. In altre parole, la retribuzione giusta rifiuta di rimanere ancorata alla sola corrispettività, per attribuire enfasi al naturale coinvolgimento della *persona che lavora* nell'adempimento dell'obbligazione di lavoro⁽¹⁷⁾.

Posto che nel tempo la risposta alla richiesta di sostentamento anche familiare è operativamente stata delegata a strumenti di natura previdenziale per la tutela del reddito⁽¹⁸⁾, come tali tenuti distinti dal nucleo corrispettivo della retribuzione, il criterio soggettivo della sufficienza è stato implementato dalla giurisprudenza attraverso il richiamo ai livelli salariali della contrattazione collettiva. Ad essi i giudici hanno guardato come indici di equità della retribuzione, che, avulsi dalle condizioni del mercato, rappresentano un minimo inderogabile che l'accordo individuale non può valicare. Nell'ottica di una piena estensione della norma di cui all'art. 36 Cost. al lavoro autonomo ha frenato - al di là delle barricate issate dalla giurisprudenza - l'interpretazione attribuita al criterio della sufficienza, ma anche la considerazione dei due criteri richiesti (quello oggettivo e quello soggettivo) in termini di simultanea presenza ovvero di prevalenza di uno sull'altro. Tanto che, anche di recente, si è escluso che alcuni provvedimenti legislativi riguardanti l'equo compenso delle professioni liberali (di cui si dirà meglio infra) rientrassero a pieno titolo nell'art. 36 Cost., proprio per la mancanza di un riferimento perlomeno al parametro della coerenza, grazie al quale la giurisprudenza amministrativa⁽¹⁹⁾ ha assolto alla necessaria enucleazione della sufficienza⁽²⁰⁾.

Non può però sottacersi che, nonostante orientamenti volti a privilegiare la supremazia della sufficienza vuoi per il dato letterale vuoi per l'enfasi rivolta all'aspetto

⁽¹³⁾ Parla A. Baldassarre, *Diritti sociali*, *Enc. Giur.*, XI, 16, di un criterio positivo di carattere generale e di un limite negativo, invalicabile in assoluto.

⁽¹⁴⁾ G. Perone, *Retribuzione*, *Enc. Dir.* (diretta da F. Santoro Passarelli), Giuffrè, 1989, 44.

⁽¹⁵⁾ C. Tripodina, *Articolo 36*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. Bartole - R. Bin, Cedam, 2008, 353.

⁽¹⁶⁾ G. Ferrara, *Il lavoro come fondamento della Repubblica e come connotazione della democrazia italiana*, in G. Casadio (a cura di), *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana*, Ediesse, 2006, 204;

⁽¹⁷⁾ C. Zoli, *Retribuzione (impiego privato)*, *Digesto commentato*, XII, 1996, 420.

⁽¹⁸⁾ G. Perone, *Retribuzione*, cit., 43.

⁽¹⁹⁾ Cons. Stato, n. 1076/2016, di cui *amplius* al par. 3

⁽²⁰⁾ P. Pascucci, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, *DLRI*, 2019, 1, 59, versione ridotta della Relazione AIDLASS, tenuta dall'A. a Palermo 2018, 42.

sociale del tessuto costituzionale⁽²¹⁾, il criterio della proporzionalità costituisce pur sempre un antecedente logico il quale, se soccombesse a quello della sufficienza, non troverebbe più ragion d'essere⁽²²⁾. Guardando invece alla sufficienza come ad un filtro⁽²³⁾, che permette alla commisurazione contrattuale di assorbire valori sociali e solidaristici ulteriori e per non svilire il senso del binomio, ne deriva che anche il solo criterio della proporzionalità afferisce ad un diverso valore, quello intrinseco del lavoro, quello che dipende altresì dalla creazione di ricchezza sociale prodotta dalla persona che lavora⁽²⁴⁾.

Indossando le lenti del neo-costituzionalismo per guardare la disposizione, se quello del lavoro è un valore - che come tale non rimane astratto ma fissa i fondamenti dell'ordine sociale sui quali insiste - e quello lavorista è un principio - che come tale necessita di farsi regola -, allora il riconoscimento e valore costituzionale attribuito alla persona che lavora e al lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni non può essere conculcato dall'attività normativa, né tantomeno obliterato da quella giurisprudenziale, al fine di non tradire la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali, quello del lavoro fra tutti⁽²⁵⁾. Non è revocato in dubbio che l'art. 36 incorpori un principio di giustizia sociale che bilancia lo scompenso connaturato al contratto di subordinazione, individuando nel lavoratore - che nel lavoro trova la sua unica fonte di sostentamento - la parte debole bisognosa di tutela. Ma se consideriamo come pilastro inamovibile il principio lavorista e l'art. 36 che lo incorpora come concreto veicolo di emancipazione dal bisogno e focalizziamo l'attenzione sulla condizione di debolezza economica e sulle esigenze di tutela attuali della persona che lavora, pare certamente limitativo ridurre il campo di applicazione della norma alla luce della tradizionale impostazione binaria secondo la quale tutto ciò che è subordinazione sta dentro e ciò che subordinazione non è, rimane fuori: non si può che ricomprendervi invece il lavoro, il lavoro senza aggettivi⁽²⁶⁾, il lavoro che la stessa Costituzione tutela in tutte le sue forme ed applicazioni.

Tale assunto muove non solo dalla presa d'atto che il nuovo lavoro autonomo professionale, in balia di processi di esternalizzazione ed effetti del capitalismo cognitivo, patisce ormai da tempo la discontinuità lavorativa e dipendenza economica⁽²⁷⁾; ma anche - e soprattutto - perché all'interno del sistema capitalistico «il lavoro produttivo è sempre un'attività resa a favore di un altro, è sempre diretta al fine economico, e dipendente da esso»⁽²⁸⁾. Pertanto, il lavoro classificato come autonomo è, di fatto, «un lavorare per altri, un

⁽²¹⁾ Avallati anche da quel «e in ogni caso» che campeggia nella norma, cfr. R. Scognamiglio, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, F. Angeli, 1978, 78.

⁽²²⁾ G. Perone, *Retribuzione*, cit., 45

⁽²³⁾ E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Cacucci, 2010, 235.

⁽²⁴⁾ G. Perone, *op. cit.*, 45

⁽²⁵⁾ G. Ricci, *Il diritto alla retribuzione adeguata* cit., 3.

⁽²⁶⁾ M. D'Antona, *Il diritto del lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, RGL, Supplemento, 1999, 3, 31.

⁽²⁷⁾ R. Semenza, A. Mori, *Lavoro apolide. Freelance in cerca di riconoscimento*, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2020.

⁽²⁸⁾ Così A. Perulli, *Una critica del lavoro autonomo* cit., 208.

lavoro alienato» che solo illusoriamente, confinato entro la fattispecie della *locatio operis*, può ritenersi indipendente.

Muovendo dal presupposto di una necessaria estensione dell'equa e giusta retribuzione, come cifra cioè caratterizzante il rapporto di qualunque persona che lavori per altri, la ricerca si propone di dare conto delle letture giurisprudenziali dell'art. 36 Cost. e delle implementazioni legislative, anche recenti, al fine di testare, insieme all'“adeguatezza sociale” dei parametri in esse fissati, se ormai sono maturi i tempi per una piena applicazione della disposizione costituzionale al lavoro senza aggettivi.

3. La chiusura dell'interpretazione giurisprudenziale

Neppure le letture più lucide e accorte della Carta costituzionale all'indomani della sua emanazione, hanno impedito alla giurisprudenza e a una buona parte della dottrina di escludere in maniera netta l'applicazione della norma di cui all'art. 36, co. 1, Cost., al lavoro autonomo, nemmeno quello che, evidentemente bisognoso di tutele, lambiva i confini della subordinazione. E ciò, sebbene la Corte costituzionale, dovendosi pronunciare tra gli altri anche sull'art. 36 Cost. nella metà degli anni '60, si fosse guardata da una chiusura trinciante della norma nei confronti dell'autonomia, limitandosi ad evidenziare che, riferendosi essa ai rapporti di lavoro, non possa essere fonte di interventi legislativi in materie di tutt'altra natura⁽²⁹⁾. In un giudizio sulla legittimità costituzionale di una legge che riduceva della metà gli onorari notarili relativi alla formazione e sviluppo della piccola proprietà contadina e dei territori montani, i giudici della Consulta non si pronunciarono sull'ambito di applicazione della norma, ma ne evidenziarono la funzione all'interno dell'orditura costituzionale, di norma cioè intesa ad assicurare la tutela della persona del lavoratore e la soddisfazione dei bisogni fondamentali suoi e della sua famiglia, non invece a garantire la parità delle prestazioni nel rapporto sinallagmatico di lavoro⁽³⁰⁾. In quel contesto i giudici ebbero a precisare che qualora la disposizione si confronti con il lavoro autonomo, e in particolare con le professioni intellettuali, i diversi principi che la compongono debbono applicarsi in maniera unitaria, facendo cioè riferimento all'attività complessiva del professionista, nei

⁽²⁹⁾ V. C. cost., 23 aprile 1965, n. 30, in cui la Corte aveva escluso che nella questione relativa al potere esercitato dal legislatore nella determinazione di prezzi minimi delle sanse vergini di oliva da inserirsi nei contratti di compravendita, eventualmente anche in sostituzione di prezzi inferiori convenuti dai contraenti, si potesse invocare anche l'art. 36 Cost. oltre che il 41.

⁽³⁰⁾ V. C. cost., 7 luglio 1964, n. 75, in cui i giudici della Corte sottolineavano come la disposizione in esame non possa essere scomposta in precetti distinti, isolando cioè il precetto della corrispondenza della retribuzione alla quantità e qualità del lavoro prestato, affinché solo questo debba applicarsi al lavoro autonomo, poiché una tale interpretazione contrasterebbe con le ragioni storiche e sociali che hanno giustificato la norma e ne impongono l'applicazione nella sua totalità; tale lettura è stata ribadita anche in C. cost., 29 marzo 1980, n. 36, in cui i giudici non hanno escluso l'applicazione della disposizione al lavoro autonomo, ma precisato che essa debba rapportarsi all'attività complessiva del professionista, indipendentemente dai singoli rapporti e dalle singole prestazioni che la costituiscono.

modi e nei limiti in cui questa attività sia accertabile e valutabile e non in relazione ai singoli rapporti e prestazioni in cui tale attività si esplica.

In un succedersi di pronunce, i giudici della Suprema Corte hanno invece sostenuto che il principio della retribuzione sufficiente concerne in modo esclusivo il lavoro subordinato, non potendo pertanto essere invocato nell'ipotesi di «compenso per prestazioni lavorative, autonome, ancorché rese, con carattere di continuità e coordinazione, nell'ambito di un rapporto di collaborazione, assimilabile a quelle svolte in regime di subordinazione»⁽³¹⁾. Conformandosi ad una interpretazione assurda a principio di diritto uniforme, tanto i giudici di merito quanto quelli di legittimità hanno confinato il diritto inderogabile di ricevere un compenso proporzionato alla quantità e qualità del lavoro nell'esclusivo ecosistema lavoristico della subordinazione, laddove, per fattispecie diverse di prestazione lavorativa, un intervento del giudice per la determinazione del compenso potrebbe ammettersi solo se espressamente previsto da specifiche disposizioni legislative⁽³²⁾.

Anche recentemente, in relazione ai rapporti di lavoro rientranti nell'alveo dell'art. 409, n. 3, c.p.c., la giurisprudenza di merito ha ribadito che non può esservi applicazione dell'art. 36 Cost. in quanto il principio della retribuzione sufficiente riguarda esclusivamente il lavoro subordinato e un intervento del giudice, *ex post*, per la determinazione del compenso potrebbe essere giustificato solamente a fronte di un intervento, *ex ante*, del legislatore. In relazione al lavoro cd. parasubordinato, gli artt. 2225 e 2233 c.c. consentono al giudice di determinare il corrispettivo in relazione al risultato ottenuto e alla quantità e qualità del lavoro normalmente necessario per ottenerlo solo se un tanto non sia stato convenuto dalle parti e non possa essere stabilito alla luce di tariffe professionali o degli usi, di talché l'intervento del giudice non può essere invocato nell'ambito di una collaborazione, sebbene coordinata e continuativa, per il quale le parti abbiano preventivamente pattuito il compenso⁽³³⁾.

Con precipuo riferimento alle professioni liberali, in maniera alquanto laconica, i giudici della Suprema Corte hanno ribadito che il principio della retribuzione sufficiente di cui all'art. 36 Cost. concerne esclusivamente il lavoro subordinato e non può essere invocato

⁽³¹⁾ Così Cass. 21 ottobre 2000, n. 13941, che aveva rigettato la domanda di conciliazione da parte di un messo per conseguire un'equa retribuzione integrativa dei proventi percepiti a titolo di notifica degli atti giudiziari e che il giudice di merito aveva qualificato come attività autonoma, preceduta da Cass., S.U., 27 aprile 1990, n. 3532; in senso conforme, successivamente, *ex multis*, Cass. 25 ottobre 2003, n. 16059; Cass. 18 dicembre 2003, n. 19435; Cass. 23 aprile 2004, n. 5807

⁽³²⁾ Cfr. Cass. 1° settembre 2004, n.17564.

⁽³³⁾ V. T. Roma 14 gennaio 2020, n. 228 in cui il giudice di merito ha rigettato il ricorso di una ricercatrice che aveva stipulato con un ente di ricerca un contratto di collaborazione coordinata e continuativa di quasi tre anni che aveva ad oggetto un'attività di ricerca per una somma totale che aveva appreso essere inferiore a quella percepita dai ricercatori di altri partner europei afferenti al medesimo progetto (finanziato con Fondi dell'Unione europea). Il giudice ha rilevato che la ricorrente aveva accettato l'incarico e con esso il compenso forfettariamente determinato.

in relazione ad un compenso per prestazioni di lavoro autonomo, sebbene rese con carattere di continuità e coordinazione, nell'ambito di un rapporto di collaborazione⁽³⁴⁾.

4. Gli interventi di apertura del legislatore

All'atteggiamento ostile della giurisprudenza ha risposto, con una certa dose di apertura, il legislatore, che in una serie di interventi successivi, muovendo inizialmente dall'area contigua alla subordinazione, progressivamente è arrivato finanche ad esplorare quella delle libere professioni ascrivibile all'autonomia *tout court*, portando i principi di cui all'art. 36 Cost, co. 1, ben oltre lo steccato entro il quale le pronunce dei giudici di legittimità avrebbero voluto confinarli.

4.1. Le collaborazioni a progetto e i soci lavoratori di cooperativa

Il primo banco di prova è stato quello del lavoro a progetto, istituito inserito nell'ordinamento nel 2003⁽³⁵⁾, con l'intento di porre un freno all'abuso da parte delle imprese nell'utilizzo delle collaborazioni coordinate e continuative prestate in modo prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, al solo fine di eludere le tutele (e il carico economico) del lavoro subordinato.

Tralasciando le molteplici implicazioni di ordine sistematico che l'introduzione di un *tertium genus* sullo sfondo della classica ripartizione polarizzata tra autonomia e subordinazione ha portato con sé⁽³⁶⁾, ai fini della presente indagine ciò che rileva è che nel lavoro a progetto il corrispettivo dovesse essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito, dovendo tenere altresì conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto⁽³⁷⁾. Laddove per i collaboratori coordinati e continuativi il compenso, ex. art. 2225 c.c., era il risultato

⁽³⁴⁾ V. Cass. 6 novembre 2015, n. 22701, relativo al compenso che una società non aveva totalmente corrisposto ad un architetto al quale aveva conferito un incarico per la progettazione di una struttura destinata a campeggio dopo aver predisposto una variante al Piano regolatore generale comunale, poiché il compenso era sottoposto a condizione sospensiva (ovvero il rilascio della concessione edilizia); ma anche Cass. 28 giugno 2017, n. 16213, relativa ad una clausola, contenuta in una convenzione tra un ente pubblico e un ingegnere al quale era stata affidata la progettazione di un'opera pubblica, che condizionava il pagamento del compenso alla concessione del finanziamento per la realizzazione dell'opera. Nel caso di specie gli Ermellini hanno ritenuto che tale clausola, in quanto espressione dell'autonomia negoziale, fosse valida da un lato poiché non contrastante col principio di inderogabilità dei minimi tariffari, dall'altro perché in ogni caso non contrasterebbe con una tale previsione la norma di cui all'art. 36 Cost. in quanto non applicabile al lavoro autonomo; anche Cass. 25 gennaio 2017, n. 1900, relativa al pagamento da parte dell'ANAS di parcelle relative al collaudo delle strade a due ingegneri.

⁽³⁵⁾ Il lavoro a progetto, già presente nel Libro Bianco del 2001, è stato inserito nell'ordinamento con il d.lgs. n. 276/2003, attuativo della l.d. n. 30/2003 in materia di riforma del mercato del lavoro. L'istituto è stato abrogato a partire dal 1° gennaio 2016, a seguito della riforma cd. Jobs Act, v. M. Ferraresi, *L'eredità del lavoro a progetto nel dibattito sul lavoro autonomo coordinato e continuativo*, VTDL, 2016, 2, 287.

⁽³⁶⁾ Cfr. F. Martelloni, *Il valore sistematico del lavoro a progetto*, LD, 2006, 2-3, 343.

⁽³⁷⁾ Art. 63, d.lgs. n. 276/2003.

della libera contrattazione delle parti, per il lavoro a progetto il legislatore aveva fissato i termini dello scambio secondo un parametro oggettivo⁽³⁸⁾, quello della proporzionalità, che pur non richiamando in toto il dettato costituzionale di cui all'art. 36, ne evocava, per la prima volta oltre l'ambito della subordinazione, certamente una parte: escluso infatti il riferimento al principio di giustizia distributiva, cioè la sufficienza, veniva fissato quello di giustizia commutativa, vale a dire l'equità⁽³⁹⁾, commisurato non sulla base delle retribuzioni dei lavoratori subordinati che svolgessero analoghe mansioni, bensì sui compensi corrisposti per analoghe prestazioni autonome nel luogo di esecuzione del rapporto⁽⁴⁰⁾.

Per l'effettiva «osmosi tra lavoro a progetto e lavoro subordinato»⁽⁴¹⁾, che ha portato ad una piena applicazione dell'art. 36 Cost. tanto con riferimento alla proporzionalità quanto con riferimento alla sufficienza, si è dovuto attendere l'interpolazione della disciplina del lavoro a progetto ad opera del Governo Monti. L'art. 63, co. 1, d.lgs. n. 276/2003, così come modificato dalla l. n. 92/2012, sul quale era già intervenuto in tal senso il co. 772 della Legge finanziaria per il 2007⁽⁴²⁾, imponeva che il compenso corrisposto al lavoratore a progetto non fosse inferiore ai minimi stabiliti per ogni specifico settore di attività - e in ogni caso sulla base dei minimi salariali applicati nel settore medesimo alle mansioni equiparabili svolte dai lavoratori subordinati - dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero, su loro delega, ai livelli decentrati. Al secondo co. veniva poi specificato che, in mancanza della contrattazione collettiva di settore, il compenso, a parità di estensione temporale dell'attività oggetto della prestazione, non potesse essere inferiore alle retribuzioni minime previste dai contratti collettivi nazionali di categoria applicati a figure professionali con esperienza e competenze analoghe a quelle del collaboratore a progetto.

⁽³⁸⁾ V. A. Perulli, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, LD, 2004, 1, 107.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*. Secondo l'A. era assai arduo, e forse errato, pensare che la disposizione avesse reso applicabile *tout court* al lavoro a progetto l'art. 36 Cost. (contra invece M.G. Garofalo, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, RGL, 2003, 359), sottolineando piuttosto come il parametro della retribuzione proporzionata non fosse già prima del tutto assente nell'alveo dell'autonomia, prevedendo le disposizioni civilistiche l'equilibrio contrattuale tra le parti nei contratti onerosi.

⁽⁴⁰⁾ Se come evidenziato da A. Perulli, *op. cit.*, 111, la disposizione, ove opportunamente valorizzata avrebbe costituito «il primo mattone per l'affermazione tendenziale di un principio di parità di trattamento tra prestatori a progetto», se non altro quelli al servizio dello stesso committente, certamente non era di facile implementazione, posta la difficoltà di individuare il parametro di mercato da applicarsi e vista anche la circolare n. 1/2004 che vietava categoricamente l'utilizzo delle disposizioni in materia di retribuzione stabilite nella contrattazione collettiva per i lavoratori subordinati. Non era stato dunque perseguito l'obiettivo previsto dal d.d.l. cd. Smuraglia sui lavori atipici, approvato in Senato il 4 febbraio 1999, n. 2049, che invece consentiva proprio il rimando alle retribuzioni determinate dalla contrattazione collettiva per quella specifica attività svolta in regime di subordinazione, cfr. F. Martelloni, *op. cit.*, 351; V. Pinto, *Le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, a cura di P. Curzio, Cacucci, 2003, 311.

⁽⁴¹⁾ Così A. Perulli, *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, LD, 2012, 3-4, 560.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*. Infatti il comma summenzionato stabiliva che «in ogni caso, i compensi corrisposti ai lavoratori a progetto devono essere proporzionati alla quantità e qualità del lavoro eseguito e devono tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per prestazioni di analogo professionalità, anche sulla base dei contratti collettivi nazionali di riferimento».

Al criterio della proporzionalità alla quantità e qualità del lavoro svolto, il legislatore, mediante il rimando alla contrattazione collettiva, ha dunque aggiunto quello della sufficienza, valorizzando per questa via l'intero impianto dell'art. 36 Cost. e la sua applicabilità alla fattispecie del lavoro autonomo a progetto⁽⁴³⁾. Nondimeno, l'intervento legislativo ha avuto il pregio di spingere la contrattazione collettiva a guardare oltre lo steccato classico della subordinazione, per fornire tutele anche a quella grossa fetta di autonomi economicamente dipendenti⁽⁴⁴⁾.

Nel 2007, invero, un altro provvedimento aveva sortito l'effetto di estendere l'applicazione dei minimi stabiliti dalla contrattazione collettiva ai lavoratori situati nella zona grigia del lavoro autonomo economicamente dipendente: con l'art. 7 del d.l. n. 248/2007⁽⁴⁵⁾ si è estesa l'applicazione ai lavoratori soci di cooperativa di trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative⁽⁴⁶⁾. Anche in questo caso, e come ha avuto modo di confermare la Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi su una paventata illegittimità della norma, il rinvio che essa opera a favore della contrattazione collettiva, quale «parametro esterno di commisurazione» di proporzione e sufficienza, mira a contrastare forme di competizione salariale al ribasso nei settori in cui le società cooperative operano, ponendosi nel solco applicativo dell'art. 36 Cost⁽⁴⁷⁾.

4.2. L'equità retributiva dei giornalisti non subordinati

Successivamente, con la legge 31 dicembre 2012, n. 233 sull'equo compenso nel settore giornalistico, in modo lapalissiano il legislatore dichiara di voler «promuovere l'equità retributiva dei giornalisti iscritti all'albo (...), titolari di un rapporto di lavoro non subordinato», «in attuazione dell'art. 36, primo comma, della Costituzione»⁽⁴⁸⁾. Aggiunge poi il legislatore che per equo compenso si intende una «remunerazione proporzionata alla

⁽⁴³⁾ Cfr. S. Palladini, *I principi costituzionali in materia di retribuzione e la loro applicazione giurisprudenziale*, in *La retribuzione*, a cura di E. Gragnoli - S. Palladini, Utet, 2012, 66.

⁽⁴⁴⁾ A. Bellavista, *Il salario minimo legale*, DRI, 2014, 3, 751. Si veda anche M. BIASI, *Il "salario minimo" per i collaboratori a progetto*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di M. Persiani - S. Liebman, Utet, 2013, 223.

⁽⁴⁵⁾ L'art. 7 del d.l. n. 248/2007, convertito con la l. n. 31/2008, si applica ai lavoratori soci di cooperativa, così contemplando un'area del lavoro economicamente dipendente ma non necessariamente subordinato, v. P. Ichino, *La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 della Costituzione*, RIDL, 2010, I, 719.

⁽⁴⁶⁾ Cfr., L. Imberti, *Art. 36 Costituzione: in assenza di interventi legislativi chi è l'autorità salariale?*, LDE, 3/2019.

⁽⁴⁷⁾ La C. cost., con la sentenza 11 marzo 2015, n. 51, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della norma in quanto contrastante con l'art. 39 Cost, ha sostenuto che la stessa, «lungi dall'assegnare ai predetti contratti collettivi (...) efficacia erga omnes, mediante un recepimento normativo degli stessi, richiama i predetti contratti, e più precisamente i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, (...) nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost.». Sulla sentenza, *amplius*, S. Laforgia, *La giusta retribuzione del socio di cooperativa: un'altra occasione per la Corte costituzionale per difendere i diritti dei lavoratori ai tempi della crisi*, ADL, 2015, 4/5, 928.

⁽⁴⁸⁾ V. art. 1, co. 1, l. n. 233/2012 che si applica ai giornalisti le cui prestazioni non siano solo fornite in quotidiani e periodici, anche telematici, ma anche nelle agenzie di stampa ed emittenti radiotelevisive.

qualità e quantità del lavoro svolto tenendo conto della natura, delle caratteristiche della prestazione», così come della «coerenza con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria in favore dei giornalisti titolari di un rapporto di lavoro subordinato»⁽⁴⁹⁾. Da un lato dunque la disposizione si preoccupa di definire l'elemento della proporzionalità del corrispettivo parametrata sui tradizionali criteri di giustizia commutativa (qualità e quantità, natura e caratteristiche della prestazione); dall'altro, chiamando in causa i trattamenti retributivi identificati dalla contrattazione, contempla anche la sufficienza in quanto criterio di giustizia distributiva e rende applicabile, per questa via, il dettato costituzionale di cui all'art. 36, co. 1, nella sua completezza alla categoria dei giornalisti non subordinati.

L'intervento legislativo, nel silenzio protratto della contrattazione collettiva, si è dimostrato necessario per arginare le sensibili differenze di trattamento intercorrenti tra giornalisti protetti da un contratto di lavoro subordinato e i colleghi, classificati come autonomi, che di fatto svolgono le medesime attività ma con un grado di protezione nettamente inferiore⁽⁵⁰⁾. Esso ha destato perplessità non tanto per aver offerto l'ombrello economico protettivo del dettato costituzionale oltre l'ambito della subordinazione, quanto perché la Commissione, che la stessa legge aveva delegato ad individuare l'equo compenso, ha ristretto oltremodo il campo della disposizione, prevedendone di fatto l'applicazione solo ai collaboratori coordinati e continuativi ed escludendo una buona fetta di "lavoratori non subordinati", come invece la legge aveva richiesto⁽⁵¹⁾.

Infatti, aditi dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti, prima il Tar Lazio⁽⁵²⁾ e poi il Consiglio di Stato⁽⁵³⁾ hanno confermato una illegittima limitazione soggettiva della delibera adottata dalla Commissione, rispetto alle direttive imposte dal legislatore. Inoltre, mentre il dettato legislativo richiedeva di stabilire un compenso equo perché proporzionato alla qualità e quantità del lavoro svolto e coerente con i trattamenti economici previsti dal contratto collettivo applicabile ai giornalisti subordinati, con la delibera la Commissione di fatto aveva stilato un tariffario minimo in relazione ai vari tipi di prodotti editoriali, una sorta di "salario minimo garantito" che rimandava alla contrattazione (impari) tra giornalista autonomo e singolo editore la determinazione di un

⁽⁴⁹⁾ Così art. 1, co. 2, l. n. 233/2012.

⁽⁵⁰⁾ A. Avondola, *Lavoro giornalistico ed equo (s)compenso*, *DLM*, 2017, 2, 374.

⁽⁵¹⁾ Ai sensi dell'art. 2, l. n. 233/2012, era previsto che la Commissione di valutazione dell'equo compenso nel lavoro giornalistico, istituita presso il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei ministri, entro due mesi dal suo insediamento definisse l'equo compenso dei giornalisti iscritti all'albo non titolari di rapporto di lavoro subordinato, avuto riguardo alla natura e alle caratteristiche della prestazione, nonché in coerenza con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria. Tale Commissione ha poi approvato con la delibera del 19 giugno 2014 l'entità del compenso equo, specificando che esso debba applicarsi «alle prestazioni che presentano, sul piano concreto, carattere economicamente dipendente e non sporadico», con ciò restringendo il campo applicativo della disposizione alle collaborazioni coordinate e continuative, rispetto al dettato normativo che si riferiva più genericamente al lavoro non subordinato (V., A. Avondola, *Lavoro giornalistico ed equo (s)compenso* cit., 379).

⁽⁵²⁾ Tar Lazio 7 aprile 2015.

⁽⁵³⁾ Cons. Stato 16 marzo 2016, n. 1076.

compenso eventualmente superiore a quei minimi⁽⁵⁴⁾. Questa distorta implementazione della l. n. 233/2012 avrebbe dunque violato l'art. 36 Cost.: non solo i parametri non si basavano sulla qualità e quantità del lavoro svolto non tenendo conto della proporzionalità, ma ignoravano del tutto la sufficienza, dimostrandosi inadeguati a garantire ai giornalisti autonomi un'esistenza libera e dignitosa. Il Consiglio di Stato ha infatti sottolineato che, benchè non espressamente identificato dal legislatore, il secondo principio di cui la disposizione costituzionale si compone possa implicitamente desumersi dal richiamo alla coerenza rispetto alla contrattazione collettiva di categoria, guardando quindi ad essa come indice sintomatico di sufficienza.

4.3. Il compenso dei *rider* autonomi

Di recente, il legislatore, nello stabilire livelli minimi di tutela del lavoro tramite piattaforme digitali⁽⁵⁵⁾, ha nuovamente richiamato i principi costituzionali che dovrebbero informare il profilo retributivo nella relazione di lavoro, rivolgendosi espressamente ai lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore, attraverso piattaforme anche digitali⁽⁵⁶⁾.

Qualora l'attività di tali lavoratori, più comunemente definiti *riders*, non sia inquadrabile nell'alveo della subordinazione, né tantomeno in quella dell'etero-organizzazione di cui all'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, in via residuale verrà loro applicata la disciplina di cui all'art. 47-bis e ss. del medesimo decreto legislativo. Ciò avviene nell'ipotesi di una prestazione di carattere occasionale, che però sia priva di quello della continuità⁽⁵⁷⁾: dinanzi a questa eventualità «per il sol fatto dello svolgimento della prestazione a carattere autonomo»⁽⁵⁸⁾, il *rider* dovrà godere di un ventaglio di diritti, che costituiscono i livelli minimi di tutela.

Con precipuo riferimento al compenso, l'art. 47-quater, al co. 1, stabilisce che i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale possano definire dei criteri di determinazione del compenso complessivo spettante al *rider*, che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente. In mancanza di tali contratti, il *rider* non può essere retribuito sulla base delle consegne effettuate ma gli deve essere garantito un compenso orario parametrato ai minimi tabellari, anche se stabiliti da contratti collettivi nazionali di

⁽⁵⁴⁾ M. Delfino, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale scientifica, 2016, 69.

⁽⁵⁵⁾ Art. 47 bis e ss., d.lgs. n. 81/2015, modificato e integrato dalla l. n. 128/2019 di conversione del d.l. n. 101/2019.

⁽⁵⁶⁾ Per una panoramica sull'intervento legislativo, *ex multis*, G. Santoro Passarelli, *Dignità del lavoratore e libertà di iniziativa economica, rivoluzione industriale 4.0 e rapporto di lavoro dei 'riders'*, *Labor*, 2022, 5; C. De Marco - A. Garilli, *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, *DML*, 2021, 1, 1.

⁽⁵⁷⁾ A. Perulli, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, *WP CSDLE*, It. n. 410/2020.

⁽⁵⁸⁾ Così Circolare 19 novembre 2020, Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali.

settori affini o equivalenti, sempre sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale (47-quater, co. 2)⁽⁵⁹⁾.

Le disposizioni, se da un lato, consentendo di “tenere conto” delle modalità di esecuzione della prestazione, impediscono alla contrattazione una fissazione del compenso esclusivamente a cottimo, dall'altro, in mancanza di tali contratti, vietano *tout court* che i lavoratori vengano retribuiti sulla base delle consegne effettuate, richiedendo invece un compenso minimo orario determinato dalla contrattazione di settori affini o equivalenti⁽⁶⁰⁾. Inoltre, attraverso la tecnica - già in precedenza utilizzata⁽⁶¹⁾ - del rinvio ai contratti collettivi conclusi dalle associazioni comparativamente più rappresentative, il legislatore richiama i necessari principi di proporzionalità e sufficienza sanciti dall'art. 36 Cost., che in quei contratti collettivi presume positivizzati, al fine di contrastare forme di competizione salariale al ribasso. Principi che, se il *rider* che ricade nell'alveo dell'etero-organizzazione si vedrà garantiti grazie all'estensione delle tutele afferenti alla subordinazione, vengono invece per questa via estesi anche ai *riders* autonomi, che di quelle tutele non godrebbe.

4.4. L'equo compenso dei professionisti

Prima ancora di volgere lo sguardo ai *riders* autonomi, il legislatore un paio di anni prima, aveva concentrato la sua attenzione su quella fetta di liberi professionisti, fino a qualche tempo fa emblema dell'autonomia più genuina e di solida posizione economica e sociale, anche nel comune sentire.

Il processo di liberalizzazione avviato con il cd. decreto Bersani nel 2006 e culminato con l'abrogazione di tutte le tariffe professionali regolamentate ad opera del cd. decreto Monti, ha creato notevoli distorsioni nei mercati di riferimento, da un lato rafforzando la posizione di quanti erano già solidi e ben posizionati nel mercato, dall'altro indebolendo ulteriormente quella di quanti avrebbero voluto ritagliarsi il loro spazio, che per entrarci si sono visti costretti ad accettare compensi miseri, giocati al massimo ribasso⁽⁶²⁾. Su tale sfondo deregolativo si è inserito l'intervento atto a disciplinare un equo compenso per i professionisti⁽⁶³⁾ che abbiano svolto attività in favore di imprese bancarie e assicurative, o

⁽⁵⁹⁾ Sul CCNL *riders*, G. Pezzini, *La retribuzione dei rider autonomi: alcune considerazioni a margine della proposta di direttiva sul salario minimo legale*, LDE, 2021, 4.

⁽⁶⁰⁾ Rileva M. Vitaletti, *Compenso “negoziato” e lavoro autonomo su piattaforma digitale*, LLI, 2020, 1, 122, che mentre nel co. 1 il legislatore demanda alla contrattazione la determinazione del compenso raccomandando di tenere conto dell'organizzazione del committente, nel secondo campeggia un vero e proprio divieto di retribuzione sulla base delle consegne effettuate e una precisa indicazione secondo il quale l'unico parametro da assumere per il trattamento economico sarebbe costituito dal salario minimo.

⁽⁶¹⁾ Ad esempio, come esaminato, per la determinazione del compenso del socio lavoratore di cooperativa.

⁽⁶²⁾ Sull'evoluzione delle tariffe, v. *amplius*, B. De Mozzi, *Le tariffe professionali: che cosa rimane?*, LDE, 2021, 4.

⁽⁶³⁾ L'art. 19-quaterdecies, d.l. n. 148/2017 ha aggiunto l'art. 13-bis alla l. n. 247/2012, recante la Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense, ha introdotto la disciplina sull'equo compenso

imprese diverse dalle micro e piccole-medie, in forza di una convenzione disposta unilateralmente dal contraente “forte” e subita dal professionista. Il legislatore si premura di definire quale sia il compenso equo, stimando tale quello proporzionato alla quantità e qualità, al contenuto e alle caratteristiche dell'attività professionale svolta e, altresì, conforme ai parametri fissati dai decreti ministeriali. Qualora la convenzione contenga clausole che stabiliscano un compenso non equo, che genera un significativo squilibrio contrattuale ai danni del professionista, il giudice le valuterà come vessatorie, pertanto nulle, non travolgendo tale nullità l'intero contratto, il cui compenso verrà ristabilito sulla base dei parametri dei decreti ministeriali.

Mettendo da parte in questa sede le supposte difformità della legge in relazione alla disciplina europea in materia di concorrenza e circolazione dei servizi⁽⁶⁴⁾ e ritornando su un piano ordinamentale squisitamente interno, l'obiettivo perseguito dal legislatore è quello di riportare in equilibrio le evidenti storture derivate dal mercato libero, che ha di fatto lasciato il lavoro autonomo professionale alla mercé di una concorrenza spietata, che compromette non solo un percorso di crescita graduale e sicuro per il professionista, ma anche servizi qualitativamente elevati per l'utenza. Non v'è dubbio, pertanto, che la situazione concreta abbia giustificato un intervento alla luce dell'art. 36 Cost., che mira a riportare in equilibrio economico e contrattuale una situazione evidentemente scompensata⁽⁶⁵⁾. Arginare la pressione dei contraenti forti attraverso una norma che richieda, a pena di nullità della clausola unilateralmente imposta, che il compenso sia proporzionato alla qualità e quantità del lavoro svolto, rimanda inequivocabilmente al parametro oggettivo che campeggia in quella disposizione⁽⁶⁶⁾.

Sotto un primo profilo, come era stato a suo tempo per l'ipotesi delle collaborazioni a progetto, il richiamo parziale⁽⁶⁷⁾ nella legge sull'equo compenso al solo parametro oggettivo, non basta ad escludere l'applicazione del 36 Cost. Poiché l'attività del professionista è legata al conseguimento di un determinato risultato, ad una prestazione conclusa che non subisce

per le prestazioni degli avvocati, il cui ambito soggettivo poi, in sede di conversione del decreto con l. n. 172/2012 e ulteriori modifiche ad opera della legge di bilancio 2018, è stato esteso a tutti i professionisti.

⁽⁶⁴⁾ La legge in parola, ancor prima di venire emanata, si è scontrata con il parere negativo sia del Dipartimento alle politiche e agli affari europei sia dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in quanto contrasterebbe con la disciplina europea in materia di concorrenza e non sarebbe conforme alla direttiva 2006/123 sulla circolazione dei servizi. In particolare, con il richiamo alle tariffe fissate dai decreti ministeriali, il legislatore nazionale avrebbe fatto rientrare dalla finestra quello che in precedenza - in ottemperanza alla disciplina comunitaria, aveva dovuto far uscire dalla porta. A ben vedere, mentre le tariffe erano vincolanti e inderogabili, i parametri fungono da criterio residuale, in mancanza di diversa - ed equa - pattuizione delle parti; inoltre, la ratio della disciplina, è quella di fornire una tutela al professionista-consumatore che altrimenti si troverebbe schiacciato sotto il peso delle condotte abusive perpetrate dai contraenti forti. Sia rinvia a C. Garbuio, *Proposta di direttiva sul salario minimo ed equo compenso: il caso del lavoro autonomo professionale, le tariffe professionali e regole della concorrenza*, DRI, 2021, 4, 1101.

⁽⁶⁵⁾ G. Ricci, *Il diritto alla retribuzione adeguata*, cit., 10.

⁽⁶⁶⁾ G. Colavitti, *“Fondata sui lavori”*. *Tutela del lavoro autonomo ed equo compenso in una prospettiva costituzionale*, *Rivista AIC*, 2018, 1, 37.

⁽⁶⁷⁾ Così S. Palladini, *I principi costituzionali in materia di retribuzione* cit., 66, che parla di richiamo imperfetto.

vincoli di orario o specifiche modalità di esecuzione, già il solo richiamo a qualità e quantità della prestazione, invocati insieme a contenuto e caratteristiche della stessa, riecheggia canoni solitamente esclusi dalla commisurazione dell'opera professionale, traghettando invece il lavoro autonomo in un campo dal quale tradizionalmente rimaneva escluso.

Per un altro verso, non si può escludere totalmente un richiamo alla sufficienza laddove si stima come equo il compenso che sia conforme ai parametri previsti dai regolamenti di cui ai decreti ministeriali: come esaminato, la giurisprudenza amministrativa⁽⁶⁸⁾ - in relazione al ricorso dell'Ordine degli avvocati del Lazio avverso un Avviso con il quale l'INPS sul proprio sito cercava la disponibilità per incarichi di domiciliazione e sostituzione in udienza ritenuti non rispettosi dei minimi tariffari previsti, anche alla luce della disciplina dell'equo compenso - valutate le attività che i professionisti avrebbero dovuto svolgere, rilevava che il compenso previsto per esse fosse «sufficientemente coerente con i principi di cui all'art. 36 Cost. circa il salario minimo e dignitoso».

I giudici hanno operato un parallelismo tra il criterio della sufficienza solitamente ravvisata nei contratti collettivi e quella desumibile nei tariffari predisposti all'uopo dall'amministrazione, per quelle specifiche attività. Come a dire che i parametri stabiliti dai decreti ministeriali, alla stregua dei minimi contrattuali, terrebbero conto di un ventaglio di fattori che, combinati tra loro, rendono un compenso accettabile (*rectius* sufficiente). Ed è proprio sulla presenza o meno di tali parametri che si gioca l'efficacia immediata della disciplina sull'equo compenso, poiché laddove non siano stati emanati il giudice rimane privo di bussola⁽⁶⁹⁾.

5. Tra chiusure e aperture, una (doverosa) convergenza

Nell'attesa che l'auspicabile estensione oggettiva e soggettiva della disciplina sull'equo compenso prenda forma, facendosi carico di bilanciare ulteriormente la soggezione contrattuale che sono costretti a subire i professionisti intellettuali iscritti o non iscritti a ordini o associazioni⁽⁷⁰⁾, ciò che rileva è che attraverso la disciplina in esame il legislatore abbia inteso tutelarne la dignità, come diretta applicazione dell'art. 36 Cost.,

⁽⁶⁸⁾ Tar Lazio 27 agosto 2021, n. 9404.

⁽⁶⁹⁾ Per ovviare a questa non così peregrina assenza, l'associazione dei freelance ACTA ha proposto che si consideri equo un compenso quando questo sia conforme ai parametri per la liquidazione dei professionisti iscritti a ordini o collegi; ovvero conforme ai parametri o indicazioni previste da normativa europea o altre indicazioni approvate a livello Ministeriale; non inferiore alla retribuzione prevista dal CCNL di settore applicato dall'azienda committente per il prestatore di mansioni analoghe a quelle del professionista con maggiorazione del 20% (per coprire oneri per la contribuzione e il decentramento del rischio imprenditoriale verso il lavoratore); in ogni caso non inferiore alla retribuzione prevista per il CCNL applicato dall'azienda committente al personale impiegatizio del primo livello sempre con la maggiorazione del 20%.

⁽⁷⁰⁾ Il d.d.l. approvato lo scorso autunno alla Camera, si è arenato in senato tra impazienza di associazioni favorevoli e *caveat* di quelle contrarie, si veda la proposta collaterale presentata da Acta ad esempio.

confermando un cammino di apertura verso l'applicazione di questa norma, anche al di là della subordinazione, iniziato ormai da qualche anno.

Sul versante giurisprudenziale, dinanzi ai numerosi ricorsi scaturiti dall'asserita illegittimità di incarichi di consulenza conferiti a professionisti dalla Pubblica amministrazione a titolo gratuito, indipendentemente dall'esito dei procedimenti⁽⁷¹⁾, non può trascurarsi invero che l'art. 36 abbia fatto capolino molto spesso tra le righe degli arresti amministrativi. In altre parole, posto che il professionista può liberamente decidere di prestare attività anche particolarmente tecnica e complessa a titolo gratuito in favore della PA, qualora venisse invece pagato, non potrebbe essere disatteso il criterio di riferimento costituito dalla norma di cui all'art. 36, co. 1, Cost. ⁽⁷²⁾.

Allora, di fronte alla neutralità risalente e mai successivamente rinnegata, della Corte costituzionale sul campo di applicazione da assegnarsi all'art. 36, stupisce il *refrain* della giurisprudenza di legittimità, concentrata a chiudere ermeticamente ogni finestra, anche quando avrebbe potuto lasciare aperti almeno alcuni spiragli.

Se i diritti sanciti dall'art. 36, co. 1, Cost. attengono alla più intima dimensione umana del soggetto che lavora e se essi postulano un'adeguatezza conforme non solo ai bisogni immediati del lavoratore ma viepiù alle esigenze sociali⁽⁷³⁾, e ancora e soprattutto, se la porosità della norma non può rimanere indifferente anche a valutazioni di ordine sociale e ad una realtà fattuale e giuridica in evoluzione, allora l'arroccamento interpretativo stride almeno per due ragioni.

Sotto un primo profilo, laddove la Corte costituzionale rileva la necessaria applicazione dell'art. 36 Cost. in relazione alla complessiva attività, e non invece ai singoli rapporti e singole prestazioni, non si comprende la netta chiusura nei confronti delle collaborazioni coordinate votate alla continuità, quindi naturalmente fondate su attività non già estemporanee e concluse, per le quali invece ben potrebbe declinarsi tanto il parametro della corrispettività quanto quello della sufficienza⁽⁷⁴⁾. E ciò mentre sul lato previdenziale proprio il versamento continuo del compenso e della connessa contribuzione, traghettava gli stessi collaboratori - emersa la loro urgente necessità di tutela - tra i percettori di misure passive di sostegno al reddito, ispirate a quelle assegnate ai subordinati⁽⁷⁵⁾.

(71) Numerose le sentenze che hanno ritenuto lecita la prestazione lavorativa a titolo gratuito del professionista a favore della Pubblica Amministrazione, *ex multis*, Cons. St. 9 novembre 2021, n. 7442; Cons. St. 3 ottobre 2017, n. 4614; Tar Lazio 30 settembre 2019, n. 11411; Tar Lombardia 29 aprile 2021, n. 1071; difforme invece Tar Campania 25 ottobre 2018, n. 1541.

(72) Si veda ad esempio TAR Lazio 27 agosto 2021, n. 9404.

(73) Sulla funzione sociale della retribuzione si veda C. Zoli, *Retribuzione (impiego privato)*, cit., 420.

(74) Sul punto cfr. P. Ichino, *La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 della Costituzione*, cit., 719, secondo il quale escludere questa fattispecie dal campo di applicazione del principio della giusta retribuzione appare davvero difficile visto che subisce le alterazioni tipiche dell'equilibrio di forza contrattuale che si manifestano nel lavoro subordinato, tanto che "una differenziazione di protezione tra le due figure non supererebbe il vaglio del principio di uguaglianza".

(75) Il riferimento è alla Dis-coll che, nata come sperimentale nel 2008, è diventata strutturale con la l. n. 81/2017. Non a caso sottolinea G. Canavesi, *Le tutele per i lavoratori autonomi*, in *I nuovi ammortizzatori sociali dopo la pandemia*, a cura di E. Balletti, Giappichelli, 2022, 66, "proprio la previdenza sociale ha

Sotto un secondo profilo, se è pur vero che il senso dell'art. 36, co. 1, non è di garantire la parità delle contrapposte prestazioni e che le tariffe non sono stabilite con esclusivo riferimento alla quantità e qualità di lavoro prestato e, altresì, che un intervento del giudice nella determinazione del compenso sia ammissibile laddove concesso dal legislatore⁽⁷⁶⁾, fa specie che la giurisprudenza amministrativa, anche dopo le chiare lettere del codice dei contratti pubblici - che definisce l'appalto pubblico come contratto oneroso⁽⁷⁷⁾ - e la disciplina sull'equo compenso - che ne richiede la proporzione a quantità e qualità del lavoro svolto -, invece che guardare al compenso in quanto imprescindibile indizio di dignità della persona che lavora si sia concentrata sul concetto debole di onerosità, da escludersi quando vi sia "gratuità finanziaria", ma da includersi nella "gratuità economica"⁽⁷⁸⁾.

Non si può allora che salutare con favore un recente arresto amministrativo che proprio dalla riconsiderazione dell'art. 35 Cost. fonda il suo percorso logico⁽⁷⁹⁾. Ribadendo che la disciplina sull'equo compenso assicura al professionista una speciale protezione anche nei casi in cui la pubblica amministrazione eserciti la sua unilaterale e preponderante forza contrattuale, ha sottolineato la connessione sussistente tra il lavoro tutelato in tutte le sue forme e applicazioni e il diritto, immediatamente successivo, alla retribuzione che «non discrimina tra le varie forme di lavoro». Di più, riconoscendo che le prestazioni professionali (degli avvocati in quel caso) debbano essere espletate con professionalità anche indipendentemente dalla misura del compenso, non può negarsi che l'interesse ad assumere incarichi per la PA da parte dei professionisti più qualificati «dipenda largamente anche dall'adeguatezza del corrispettivo e dal rispetto della dignità professionale della classe forense».

La relazione tra compenso e dignità del professionista tratteggiata dal giudice amministrativo rimanda alla norma di cui all'art. 2233 c.c., la quale postula, al co. 1, che la misura del compenso sia liberamente determinata dalle parti e, al secondo, che "in ogni caso" esso debba essere adeguato all'importanza dell'opera e al decoro della professione. Di talchè, nell'ambito del lavoro professionale, il decoro non solo assurge a limite e criterio informatore del corretto compenso, ma incorpora e fissa l'imprescindibile presenza della dignità, che in esso assume la sua forma⁽⁸⁰⁾.

rappresentato il punto d'annessione del lavoro autonomo al diritto del lavoro: così è stato e resta per le collaborazioni coordinate e continuative, la fattispecie più prossima all'archetipo del lavoratore debole". Cfr. anche M. Napoli, *Le norme costituzionali sul lavoro*, cit., 69.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. C. cost. 23 giugno 1964, n. 75.

⁽⁷⁷⁾ Art. 3, co. 1, lett. ii), d.lgs. n. 50/2016 e successive modificazioni.

⁽⁷⁸⁾ Il tutto, peraltro, al fine di giustificare, da parte di una pubblica amministrazione, l'incarico per la predisposizione di un piano regolatore di un comune capoluogo di regione a titolo gratuito, *rectius* a titolo di contratto di sponsorizzazione, visto il potenziale ritorno di immagine che il professionista ricaverebbe dall'incarico con la Pubblica amministrazione (Cons. St. 3 ottobre 2017, n. 4614).

⁽⁷⁹⁾ Tar Campania 18 febbraio 2022, n. 1114.

⁽⁸⁰⁾ G. Colavitti, "Fondata sui lavori", *op. cit.*, 37; *amplius*, Id., *La libertà professionale tra Costituzione e mercato. Liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica*, Giappichelli, 2012.

Pertanto, la recente sentenza amministrativa, richiamando l'adeguatezza del corrispettivo e la dignità del professionista, da un lato riconosce che la misura del compenso non è la pedissequa traduzione di logiche meramente economicistiche; dall'altro guarda la norma codicistica attraverso il prisma del dettato costituzionale: prendendo le mosse proprio dall'art. 35 Cost. che mira a tutelare il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni, la sentenza rinverdisce quell'assonanza tra l'art. 36 Cost. e l'art. 2233 c.c., postulata dalla dottrina minoritaria e - fino ad ora - sempre rifuggita dalla giurisprudenza⁽⁸¹⁾ e interpreta la disposizione del codice civile come specificazione del principio generale sancito dalla norma costituzionale⁽⁸²⁾. Così, nel ritmato valzer di chiusure giurisprudenziali e aperture legislative, la dignità di colui che presta un'attività lavorativa per altri, diventa chiave per comporre note consonanti e disegnare figure convergenti.

⁽⁸¹⁾ A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Giuffrè, 1996, 670.

⁽⁸²⁾ D. Casale - I. Corso, *L'attività di lavoro autonomo, i liberi professionisti, il lavoratore a progetto ed i loro compensi*, in *La retribuzione*, cit., 736.

Bibliografia

- Alaimo A., *Il lavoro autonomo fra nuove «debolezze» e deficit di protezione sociale: tutele prima, durante e dopo la pandemia*, in RDSS, 2, 2021, 231 ss.
- Avondola A., *Lavoro giornalistico ed equo (s)compenso*, in DLM, 2017, 2, 371 ss.
- Baer S., *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, in *University of Toronto Law Journal*, 2009, vol. 59, 417 ss.
- Baldassarre A., *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, XI, Treccani, 1989.
- Bellavista A., *Il salario minimo legale*, in DRI, 2014, 3, 741 ss.
- Bellomo S., *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, 2002.
- Biasi M., *Il "salario minimo" per i collaboratori a progetto*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di M. Persiani - S. Liebman, Utet, 2013, 223 ss.
- Brino V., *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato*, Cedam, 2012.
- Canavesi G., *Le tutele per i lavoratori autonomi*, in *I nuovi ammortizzatori sociali dopo la pandemia*, a cura di E. Balletti, Giappichelli, 2022, 63 ss.
- Caruso B, Zoli C., Zoppoli L. (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Jovene editore, 1994.
- Casale D., Corso I., *L'attività di lavoro autonomo, i liberi professionisti, il lavoratore a progetto ed i loro compensi*, in *La retribuzione*, a cura di E. Gragnoli - S. Palladini, Utet, 2012, 695 ss.
- Casano L., *Sul reddito dei professionisti: le professioni non organizzate in ordini e collegi*, in LDE, 2021, 1 ss.
- Colavitti G., *La libertà professionale tra Costituzione e mercato. Liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica*, Giappichelli, 2012.
- Colavitti G., *"Fondata sui lavori". Tutela del lavoro autonomo ed equo compenso in una prospettiva costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2018, 1, 1 ss.
- D'Antona M., *Il diritto del lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, RGL, Supplemento, 1999, 3, 311 ss.
- De Marco C. - Garilli A., *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, in DML, 2021, 1, 1 ss.
- De Mozzi B., *Le tariffe professionali: che cosa rimane?*, in LDE, 2021, 1 ss.
- Delfino M., *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale scientifica, 2016.
- Ferrara G., *Il lavoro come fondamento della Repubblica e come connotazione della democrazia italiana*, in G. Casadio (a cura di), *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana*, Ediesse, 2006, 204 ss.
- Ferraresi M., *L'eredità del lavoro a progetto nel dibattito sul lavoro autonomo coordinato e continuativo*, in VTDL, 2016, 2, 287 ss.
- Garbuio C., *Proposta di direttiva sul salario minimo ed equo compenso: il caso del lavoro autonomo professionale, le tariffe professionali e regole della concorrenza*, in DRI, 2021, 4, 1101 ss.
- Garofalo M.G., *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in RGL, 2003, 359 ss.
- Ghera E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, 2010.
- Ichino P., *La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 della Costituzione*, in RIDL, 2010, I, 719 ss.
- Imberti L., *Art. 36 Costituzione: in assenza di interventi legislativi chi è l'autorità salariale?*, in LDE, 3/2019, 1 ss.
- Laforgia S., *La giusta retribuzione del socio di cooperativa: un'altra occasione per la Corte costituzionale per difendere i diritti dei lavoratori ai tempi della crisi*, in ADL, 2015, 4-5, 928 ss.
- Martelloni F., *Il valore sistematico del lavoro a progetto*, in LD, 2006, 2-3, 339 ss.
- Martelloni F., *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, in RIDL, 2020, 3, 399 ss.
- Menegatti E., *Il salario minimo legale*, Giappichelli, 2017.
- Morin E., *I miei filosofi*, Erikson, 2011.
- Morin E., *La sfida della complessità*, Le lettere, 2020.
- Mortillaro F., *Retribuzione: Rapporto di lavoro privato*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Treccani, 1991.
- Napoli M., *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in JUS, 2008, 1, 59 ss.

- Palladini S., *I principi costituzionali in materia di retribuzione e la loro applicazione giurisprudenziale*, in *La retribuzione*, a cura di E. Gragnoli - S. Palladini, Utet, 2012, 27 ss.
- Pascucci P., *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, in *DLRI*, 2019, 1, 59 ss.
- Perone G., *Retribuzione*, in *Enc. Dir.* (diretta da F. Santoro Passarelli), Giuffrè, 1989.
- Perulli A., *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Giuffrè, 1996.
- Perulli A., *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *LD*, 2004, 1, 87 ss.
- Perulli A., *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, in *LD*, 2012, 3-4, 541 ss.
- Perulli A., *Il diritto del lavoro e il "problema della subordinazione"*, in *LLI*, 2020, 91 ss.
- Perulli A., *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *WP CSDLE* It. n. 10/2020.
- Perulli A., *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021.
- Perulli A., *Una critica del lavoro autonomo*, in *LD*, 2022, 1, 205 ss.
- Perulli A., Treu T., *"In tutte le sue forme e applicazioni": per un nuovo Statuto del lavoro*, manoscritto.
- Pezzini G., *La retribuzione dei rider autonomi: alcune considerazioni a margine della proposta di direttiva sul salario minimo legale*, in *LDE*, 2021, 1 ss.
- Pinto V., *Le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, a cura di P. Curzio, Cacucci, 2004, 311 ss.
- Razzolini O., *La subordinazione ritrovata e la lunga marcia del lavoro autonomo*, in *LLI*, 2020, 2, 133 ss.
- Ricci G., *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *LD*, 2011, 4, 635 ss.
- Ricci G., *Il diritto alla retribuzione adeguata fra Costituzione, mercato ed emergenza economica*, in *WP CSDLE* It. n. 163/2012.
- Roccella M., *I salari*, Il Mulino, 1986.
- Salomone R., *Le libere professioni intellettuali*, Cedam, 2010.
- Santoro Passarelli G., *Dignità del lavoratore e libertà di iniziativa economica, rivoluzione industriale 4.0 e rapporto di lavoro dei 'riders'*, in *Labor*, 2022, 5 ss.
- Scognamiglio R., *Il lavoro nella Costituzione italiana*, F. Angeli, 1978.
- Semenza R., Mori A., *Lavo apolide. Freelance in cerca di riconoscimento*, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2020.
- Treu T., *Commentario alla Costituzione*, Tomo I, sub art. 36, a cura di G. Branca, Zanichelli, 1979, 72 ss.
- Tripodina C., *Articolo 36*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. Bartole - R. Bin, Cedam, 2008, 352 ss.
- Vitaletti M., *Compenso "negoziato" e lavoro autonomo su piattaforma digitale*, in *LLI*, 2020, 1, 122.
- Zatti P., *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, in *NGCC*, 2012, 6, 377 ss.
- Zilio Grandi G., *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, Jovene, 1996.
- Zoli C., *Retribuzione (impiego privato)*, in *Digesto commentato*, XII, 1996, 418 ss.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**... e se fosse ancor più “smart” lavorare
soltanto quattro giorni alla settimana?**

SIMONE VARVA

Università degli Studi di Milano Bicocca

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695





... e se fosse ancor più “smart” lavorare soltanto quattro giorni alla settimana?

SIMONE VARVA

Università degli Studi di Milano Bicocca

Associato di Diritto del lavoro

simone.varva@unimib.it

ABSTRACT

While for many scholars and lawmakers the smart-working seems to be the most innovative way to follow towards the future of labour law, this essay states how it would be possible to pursue another path, arguably more compatible with the labour-law constitutional framework, namely the four-day workweek organization

Keywords: working time; existential time; four-day week; smart-working.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/15022>

... e se fosse ancor più “smart” lavorare soltanto quattro giorni alla settimana?

*dis donc camarade Soleil
tu ne trouves pas
que c'est plutôt con
de donner une journée pareille
à un patron?**

SOMMARIO: 1. Lo smart-working in senso giuridico. - 2. Essere agili nella rivoluzione industriale 4.0 (e nelle sue derive pandemiche). - 3. I quattro giorni che mettono in discussione i pregiudizi sulla produttività. - 4. Il limite all'orario di lavoro quale garanzia del dipendente: il diritto alla disconnessione. - 5. Se 8 ore son troppo poche... - 6. Qualche considerazione di congedo.

1. Lo smart-working in senso giuridico

Il diffuso ricorso al lavoro a distanza, quale modalità ritenuta adeguata a fronteggiare la crisi epidemiologica, ha innescato un dibattito a molti livelli sul cosiddetto “smart working”. I provvedimenti emergenziali dell'ultimo triennio hanno puntato alla valorizzazione di tali modalità di espletamento dell'attività; già il d.p.c.m. del 24 ottobre 2020, ad esempio, all'art. 3, “raccomanda fortemente” l'adozione della modalità di lavoro agile nel settore privato⁽¹⁾ e lo “incentiva” nell'ambito del lavoro presso le pubbliche amministrazioni. Nel settore pubblico il percorso in realtà è stato meno lineare: ad una decisa apertura verso il lavoro agile, manifestata dal precedente Ministro della Funzione pubblica, è seguito un approccio più prudente (a volte anche soltanto sul piano politico-manageriale) da parte dell'attuale⁽²⁾. Nello scorso dicembre il Ministero del lavoro è giunto anche alla stipula di un protocollo sul lavoro agile con le parti sociali⁽³⁾.

* Si è voluto richiamare la suggestiva immagine di J. Prévert in *Le temps perdu*; immagine già utilizzata dal Prof. Raffaele De Luca Tamajo nell'importante relazione sul tempo di lavoro del 1986 (v. *infra*).

⁽¹⁾ Il termine finale per l'applicazione della disciplina speciale ed emergenziale in tema di lavoro agile (c.d. procedura semplificata) era stato indicato al 30 giugno da parte del d.l. n. 24/2022; in fase di conversione è stato poi ulteriormente prorogato al 31 agosto 2022 (art. 10, comma 2-bis, l. n. 52/2022).

⁽²⁾ V. la circolare interministeriale del 5 gennaio 2022 sul lavoro agile nella pubblica amministrazione secondo cui «ogni amministrazione, pertanto, può programmare il lavoro agile con una rotazione del personale settimanale, mensile o plurimensile con ampia flessibilità [...] tenuto conto che la prevalenza del lavoro in presenza indicata nelle linee guida potrà essere raggiunta anche nella media della programmazione plurimensile». Sulle perplessità del ministro R. Brunetta circa l'efficienza del lavoro prestato in regime di lavoro agile dai dipendenti pubblici (e sulle conseguenti polemiche a tali esternazioni), QuiFinanza, *Bufer su Brunetta: cosa ha detto sullo smart working nella P.A (e come funziona). Pioggia di critiche contro il ministro della Pubblica amministrazione Renato Brunetta per la sua frase sui dipendenti pubblici in lavoro agile*, QuiFinanza, 7 febbraio 2022: «gente sul posto di lavoro [...] piuttosto che chiusi a casa, con il telefonino sulla bottiglia del latte a fare finta di fare smart working, a parte le eccezioni che ci sono sempre».

⁽³⁾ Protocollo reperibile sul sito del Ministero, ove è possibile consultare anche la coeva relazione realizzata dal Gruppo di studio lavoro agile, nominato con d.m. 21 aprile 2021 n. 99, per «analizzare gli

Per quanto ormai assai diffuso nel linguaggio comune, vi è da rilevare come il legislatore nazionale per il momento non si sia fatto sedurre dall’espressione pseudo-anglofona⁽⁴⁾: in termini giuridici è allora certamente più opportuno riferirsi alla modalità di lavoro definita “agile” dal capo II, l. n. 81/2017. Normativa che esordisce dichiarando di voler “promuovere” tale «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell’attività lavorativa»; e precisando che la prestazione è eseguita soltanto “in parte” al di fuori dei locali aziendali, senza una postazione fissa ed «entro i soli limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale». Una disciplina che presenta evidenti difformità sia rispetto al classico telelavoro (introdotto nell’ordinamento italiano già con l’accordo interconfederale del 9 giugno 2004) sia con riferimento alle modalità di lavoro espletato esclusivamente presso la propria abitazione⁽⁵⁾.

I temi sono giuridicamente complessi e in questa sede non si può che rinviare ai numerosi contributi pubblicati dopo l’entrata in vigore della l. n. 81/17 e, con ancora più intensità, a seguito della legislazione ingenerata dalla diffusione del virus⁽⁶⁾. Si precisa che il contributo intende inserirsi nel contesto tardo-pandemico (*rectius*, auspicabilmente, post-pandemico), affrancandosi dalla congerie di previsioni normative dell’ultimo triennio che, accantonate le logiche e le forme di bilanciamento valoriale tipicamente lavoristiche, ha invece perseguito finalità prosaicamente emergenziali.

In questa sede si vuole porre enfasi sul peculiare rapporto tra prestazione e tempo di lavoro che il legislatore ha realizzato con la positivizzazione del lavoro agile; resta infatti centrale il tema del (relativo) sganciamento (o, secondo altra prospettiva ideologica, della “liberazione”) della prestazione lavorativa da «precisi vincoli di orario»; sebbene per certi

effetti dello svolgimento dell’attività di lavoro in modalità di agile, in vista della prospettazione di soluzione alle criticità riscontrate nell’ambito delle dinamiche lavorative, sia riguardo al settore privato che della pubblica amministrazione».

⁽⁴⁾ Sebbene proprio nel sito istituzionale del Governo sia stata approntata una pagina dedicata allo smart working: www.lavoro.gov.it/strumenti-e-servizi/smart-working

⁽⁵⁾ Secondo la lettura proposta recentemente da A. Tursi, *Le metamorfosi del tempo di lavoro*, DRI, 2022, 10 (dattiloscritto) il lavoro agile si differenzia dal telelavoro perché «nel telelavoro, la “casa” non è altro che una proiezione dell’unità produttiva. Nel lavoro agile non è così: anche quando lavoro “a casa”, il domicilio non è una proiezione dell’unità produttiva, tanto è vero che non si applicano le norme in materia di idoneità dei luoghi di lavoro».

⁽⁶⁾ Per approfondire l’analisi dell’istituto non si può in questa sede che rinviare, in via meramente esemplificativa, e anche per ulteriori riferimenti bibliografici, ad alcuni tra i più recenti contributi in tema: C. Ogriseg, *Lavoro agile emergenziale tra obblighi di tutela della persona ed esigenze dell’impresa*, LLI, 2021, R.35; M. Del Conte, *Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa*, ADL, 2021, 549; M. Aimò - A. Fenoglio, *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, Labor, 2021, 25; P. Albi, *Il lavoro agile fra emergenza e transazione*, MGL, 2020, 771; R. Romei, *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, Labor, 2020, 423; L. Fiorillo - A. Perulli, *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018.

aspetti le previsioni del diritto dell'emergenza appaiano ispirate più al classico telelavoro (nella modalità subordinata) che alle nuove "forme smart".

2. Essere agili nella rivoluzione industriale 4.0 (e nelle sue derive pandemiche)

Con il lavoro agile si provvede a rimuovere i termini posti a delimitare l'orario di lavoro, sulla base di una opzione di politica del diritto secondo cui occorrerebbe «un adattamento negoziale delle modalità di lavoro agile nella quarta rivoluzione industriale»⁽⁷⁾ e che l'introduzione di tale modalità servirebbe a «incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» (art. 18, l. n. 81/17). Occorre, d'altro canto, ribadire una volta ancora come la determinazione dell'orario di lavoro e l'imposizione dei suoi massimali siano da sempre capisaldi del diritto del lavoro e dei principi di protezione della dignità, della libertà, della sicurezza di chi lavora alle dipendenze e sotto la direzione altrui⁽⁸⁾.

Nel diritto dell'emergenza la promozione del lavoro agile è stata considerata la risposta più adeguata alle preminenti esigenze di riduzione della mobilità dei cittadini, così come alle necessità di approntare (in modo invero estemporaneo e con qualche sottovalutazione delle conseguenze a medio termine) soluzioni per la conciliazione tra lavoro, da un lato, e vita familiare ed esigenze di curatela, dall'altro.

Vi è d'altro canto da evidenziare la presenza di un "lato oscuro", rappresentato del faticoso (e a volte penoso) adattamento di spazi domestici approntati a ben altri scopi e,

(7) Così nella rubrica dell'originario disegno legge n. 2229 sul lavoro agile presentato al Senato. Già nel lontano 1986 fu sottolineata la "valenza positiva" «di alcune ricostruzioni del rapporto di lavoro caratterizzate da un maggior autogoverno del profilo temporale della prestazione, da un coordinamento meno rigoroso con i tempi (e luoghi) della produzione e da una minore eterodirezione da parte del datore di lavoro, in cambio dell'impegno del lavoratore a fornire una prestazione più utile, più responsabile, e più sintonizzata con gli obiettivi finali del processo produttivo»: R. De Luca Tamajo, *Replia*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro, Genova, 4-5 aprile 1986*, Aa.Vv., Giuffrè, 1987, 211.

(8) M.V. Ballestrero, *Tempo di lavoro e nozione di subordinazione* (intervento), in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio* cit., 167, ritiene che il tempo sia «misura della soggezione, che è appunto quel tempo vincolato, in cui non si può utilizzare il proprio "tempo" né in modo giocoso, né altrimenti lucroso». Secondo Bavaro il tempo di lavoro «ha una doppia funzione: da una parte, proteggere la persona che lavora da una durata eccessiva del lavoro e, contestualmente, dall'altra, determinare quantitativamente la prestazione di lavoro» e che «la libertà di chi lavora può essere garantita solo se si determina un tempo "certo" del lavoro assoggettato al potere altrui», V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclofattorini)*, *Labor*, 2021, 672, al quale si rinvia anche per ampi riferimenti bibliografici, inclusi quelli di natura filosofica. R. De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio* cit., 4, constata come «l'istanza di "riappropriazione" si è [...] concentrata sin dagli albori della rivoluzione industriale su una limitazione generalizzata dell'orario di lavoro e delle giornate di lavoro». Per E. Gragnoli, *Tempo e contratto di lavoro subordinato*, *RGL*, 2007, I, 442 e 466, «nella prassi delle società umane [...] il tempo è un meccanismo regolativo di forza coercitiva [...] una riflessione critica sull'orario può essere condotta in nome di una riscoperta della profonda implicazione della persona nel *facere* eterodiretto e, dunque, nella valutazione dell'adempimento quale accadimento inserito nelle traiettorie e nel disegno della società».

soprattutto dal rischio di estrema permeabilità tra tempo personale e quello professionale⁽⁹⁾. La mancata determinazione dell'orario di lavoro si accompagna infatti alla preoccupante commistione tra i diversi tempi esistenziali: si potrebbe anche dire tra tempo di dipendenza e tempo di indipendenza⁽¹⁰⁾. Situazione aggravata dall'isolamento e dal confinamento fisico del lavoratore, che aggrava la sempre presente inferiorità tecnico-giuridica (e la consueta debolezza socio-economica).

Al cospetto di una regolamentazione sul lavoro agile talmente sintetica da lambire l'anomia, nonostante lo svolgimento dell'attività attraverso tale modalità abbia implicazioni valoriali delicatissime⁽¹¹⁾. Basti menzionare il riferimento al non precisato "diritto alla disconnessione" ⁽¹²⁾: una delega in bianco che lascia alle parti sociali il compito di investire di una qualche effettività una norma di contenuto impalpabile, auspicando che si convenga nel ritenere inopportuno consegnare all'autonomia individuale la regolazione di un aspetto sì decisivo.

3. I quattro giorni che mettono in discussione i pregiudizi sulla produttività

Con il suo stile perspicace e aneddotico C. Northcote Parkinson ricorda come «il lavoro dura sempre quel tanto che è necessario a colmare il tempo disponibile a compierlo [...] a una vecchia signora, che in vita sua non ha mai avuto molto da fare, può occorrere una giornata intera per scrivere e spedire una cartolina alla nipote [...] un'operazione che richiederebbe tre minuti in tutto a un uomo che ha da fare»⁽¹³⁾.

In parallelo alla fase inflattivo-espansiva del lavoro agile, seguita all'attuale fase di assestamento, si assiste al crescente dibattito sulla riduzione della settimana lavorativa a quattro giorni (o, in termini più generali, sulla riduzione significativa di orario) a parità di salario. Viene costantemente osservato come «the four-day workweek is certainly on

⁽⁹⁾ Si pensi all'abitudine, ormai invalsa, di inviare e di rispondere a comunicazioni professionali e istituzionali in orari notturni o antelucani; si può poi far cenno ai rischi legati ad ambienti di lavoro "casalinghi" per l'integrità della riservatezza: M. Giacconi - L. Giasanti - S. Varva, *Nuove prospettive di controllo nel rapporto di lavoro: i sistemi di riconoscimento facciale*, in Aa.Vv., *Pandemia, post pandemia e diritto del lavoro. Quali conseguenze durature?*, Editoriale Scientifica, 2022, 328.

⁽¹⁰⁾ V. Leccese, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario di lavoro per finalità di tutela della salute*, RGL, 2020, I, 436, sottolinea come anche per il lavoro agile sussista «l'obbligo di instaurare un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro». Sulle diverse nozioni di tempo di lavoro e non lavoro, A. Occhino, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010, 19, che adotta una nozione di tempo libero quale tempo "residuale" (si potrebbe dire, richiamando il bel film di E. Suleiman, "the time that remains") che è tempo «di divertimento [...] e però anche un tempo di promozione della persona, perché in esso deve garantirsi l'esercizio delle libertà costituzionali, cioè dei diritti fondamentali, a partire da quelli inviolabili che l'art. 2 cost. promette, anzi garantisce, alla persona»; v. anche G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, 2005.

⁽¹¹⁾ Si condivide la posizione di chi ritiene che la l. n. 81 «regola l'inutile per tralasciare l'utile», V. Nuzzo, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, 2018.

⁽¹²⁾ V. *infra*.

⁽¹³⁾ C. Northcote Parkinson, *La legge di Parkinson*, Bompiani, 1964, 9.

trend»⁽¹⁴⁾; e la questione è affrontata sul piano politico, quello sociale, quello scientifico sotto diverse prospettive. Tra le più significative pubblicazioni favorevoli alle quattro giornate di lavoro ci si limita a segnalare il valido contributo di un giovane studioso italiano⁽¹⁵⁾ e la "testimonianza" di chi per primo ha effettivamente riorganizzato una società neozelandese di servizi fiduciari, di cui è fondatore, sulla base del *four-day workweek*⁽¹⁶⁾: sperimentazione che può essere considerata la *nouvelle vague* della settimana corta⁽¹⁷⁾.

Il dibattito sulla riduzione dell'orario di lavoro non rappresenta in ogni caso una novità, avendo accompagnato per lungo tempo l'evoluzione della società e del modo di produzione industriale. Per una lunga fase è stato anzi considerato fisiologico attendersi un progressivo arretramento dello spazio dedicato al lavoro, con lo speculare aumento degli spazi di libertà esistenziale. Negli anni Trenta Keynes sostenne che quindici ore di lavoro settimanale sarebbero state sufficienti a gratificare "l'Adamo che è in noi"⁽¹⁸⁾; sempre in quegli anni, con un approccio pragmatico ed efficace (ma contingente), l'amministrazione statunitense propose di reagire alla vertiginosa crescita della disoccupazione conseguente al crollo del '29 con massicce dosi di riduzione dell'orario di lavoro⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁴⁾ L. McLellan, *So much for 9 to 5. There's one job perk more popular than a four-day workweek*, 1 marzo 2022, in qz.com; v. anche l'entusiastico "Ted talk" tenuto dell'economista e sociologa J. Schor, *The case for a 4-day work week*, dell'aprile 2022.

⁽¹⁵⁾ G. Maran, *Il tempo non è denaro. Perché la settimana di 4 giorni è urgente e necessaria*, Altrimedia, 2020.

⁽¹⁶⁾ A. Barnes, *The 4 Day Week: How the Flexible Work Revolution Can Increase Productivity, Profitability and Well-being, and Create a Sustainable Future*, Piatkus, 2020; cfr. A. Pang, *Rest: Why You Get More Done When You Work Less*, Basic books, 2018; R. Bregman, *Utopia per realisti. Come costruire davvero il mondo ideale*, Feltrinelli, 2017 e J. Davis, *Two Awesome Hours: Science-Based Strategies to Harness Your Best Time and Get Your Most Important Work Done*, HarperOne, 2015.

⁽¹⁷⁾ L'analisi quantitativa e qualitativa della prima fase sperimentale condotta presso il Perpetual Guardian è stata presentata nei contributi di J. Haar, *Quantitative Research. Overview of the Perpetual Guardian 4-day (paid 5) Work*, Auckland University of Technology, 2018 e di H. Delaney, *Perpetual Guardian's 4-day workweek trial: Qualitative research analysis*, University of Auckland Business School, 2018, consultabili, insieme ad altra documentazione in tema, sul sito dell'organizzazione non-profit 4 Day Week Global.

⁽¹⁸⁾ «We shall endeavour to spread the bread thin on the butter – to make what work there is still to be done to be as widely shared as possible. Three-hour shifts or a fifteen-hour week may put off the problem for a great while», J.M. Keynes, *Economic Possibilities for our Grandchildren*, ora in *Revisiting Keynes. Economic Possibilities for Our Grandchildren*, a cura di L. Pecchi - G. Piga, MIT Press, 2008, 23; già in una lettera della fine XVIII secolo B. Franklin avrebbe sostenuto che «if every man and woman would work four hours each day on something useful, that labour would produce sufficient to procure all the necessaries and comforts of life [...] and the rest of the 24 hours might be leisure and pleasure»; viene attribuita invece a R. Nixon la convinzione che settimana lavorativa di quattro giorni sarebbe stata "inevitabile". Resterebbe in ogni caso remoto l'ideale condizione degli abitanti della città di smeraldo del Mago di Oz che si svegliano a mezzogiorno, cominciano a lavorare all'una, «take an hour for lunch and then at two [p.m.] we're done».

⁽¹⁹⁾ Secondo quanto riportato da S. De Spiegelaere - A. Piasna, *Perché e come ridurre l'orario di lavoro*, ETUI, 2018, 34, nel 1933 il presidente Roosevelt propose alle imprese un accordo basato sulla riduzione dell'orario di lavoro a 35 ore settimanali con un aumento della retribuzione oraria. L'adesione, su base volontaria, avrebbe consentito di «esporre un emblema patriottico. In caso contrario, [le imprese avrebbero potuto subire i] boicottaggi richiesti dal Presidente stesso [così] la maggior parte delle imprese avrebbe firmato l'accordo». Una ricerca del 2011 ha rilevato come tale programma abbia effettivamente consentito l'occupazione di circa 1,34 milioni di persone in quattro mesi, J.E. Taylor, *Work-sharing during the Great Depression: did the 'President's Reemployment Agreement' promote reemployment?*, *Economica*, 2011, 133.

Propensione alla riduzione dell'orario tuttavia interrottasi (sino, in alcuni casi, a giungere a un'inversione di tendenza) nell'ultimo decennio del secolo scorso. Sebbene risulti complesso il calcolo effettivo dell'orario settimanale lavorato (in considerazione di variabili quali la differenza tra orario legale e orario contrattuale, l'organizzazione "multiperiodale", il ricorso al lavoro a tempo parziale e al lavoro straordinario, l'eterogenea distribuzione tra i diversi settori produttivi e tra lavoratori privati e quelli pubblici⁽²⁰⁾, il mutamento della tendenza di lungo periodo iniziato degli anni Novanta è ritenuto pacifico⁽²¹⁾).

Recentemente sembrano maturate le condizioni per ritornare a discutere in termini generali della riduzione del tempo di lavoro: un tema complesso da definire anche in ragione delle diverse finalità che le istituzioni e le parti sociali si propongono di raggiungere. Storicamente la riduzione degli orari era considerata una reazione indotta dalla contrazione congiunturale della domanda di lavoro e dall'aumento dei tassi di disoccupazione. Prospettiva che rimane presente ma a cui se ne sono progressivamente affiancate altre quali ad esempio: ridurre l'eccessivo stress derivante dall'espletamento di alcune attività lavorative⁽²²⁾, combattere i nefasti effetti del c.d. "overwork"⁽²³⁾, promuovere la parità di

⁽²⁰⁾ La media europea nel 2016 era ad esempio 40,3 ore a settimana, con il picco del Regno Unito (42.3) e il minimo della Danimarca (37.8): Eurostat, *How many hours do Europeans work per week? Usual weekly hours in the main jobs for full time employees*, 2016, Eurostat; cfr. R. Smith, *This country works the longest hours in Europe*, *World economic forum 2018*, che riporta nel 2018 la più alta media europea della Grecia (42.3) e, al di fuori dell'UE, l'impressionante primato della Turchia (49.4).

⁽²¹⁾ S. De Spiegelaere - A. Piasna, *Perché e come ridurre* cit., 12 ss. La crisi finanziaria del 2008 non sembra aver avuto rilievo nella prospettiva qui in analisi: R. Booth, *The Upside. Is this the age of the four-day week? Dozens of firms are trying out shorter working hours - and finding it's good for workers, customers and the bottom line*, *The Guardian*, 13 marzo 2019. Anche a cavallo dei due millenni sono state introdotte soluzioni politiche votate al perseguimento di obiettivi di riduzione dei tempi di lavoro: la controversa esperienza francese, iniziata con la legge Robien del 1996 e proseguita con le leggi Aubry I e II del 1998 e del 2000, ha condotto alle 35 ore settimanali (su cui F.M. Putaturo, *La via francese delle 35 ore al bivio di una riforma*, RGL, 2003, I, 175); ben diverso, seppur significativo e socialmente rilevante, l'istituto teutonico del "kurzarbeit", IMF Country focus, *Kurzarbeit: Germany's Short-Time Work Benefit*, IMF, 15 giugno 2020.

⁽²²⁾ S. De Spiegelaere - A. Piasna, *Perché e come ridurre* cit., 31, riferiscono di uno studio sugli effetti positivi conseguenti alla riduzione introdotta in due unità di assistenza all'infanzia svedesi dal 1996 al 1998; v. anche D. Crouch, *Efficiency up, turnover down: Sweden experiments with six-hour working day*, *The Guardian*, 17 settembre 2015.

⁽²³⁾ Numerosi contributiburg sottolineano i pregiudizi fisici e psichici: U. Janlert, *Long working hours: an avoidable cause of stroke?*, *The Lancet*, 2015, 1710; M. Virtanen et Al., *Long working hours and alcohol use: systematic review and meta-analysis of published studies and unpublished individual participant data*, *BMJ*, 2015, 350, 7772; A. Bannai - A. Tamakoshi, *The association between long working hours and health: a systematic review of epidemiological evidence*, *Scandinavian Journal of Work, Environment and Health*, 2014, 5; L. Artazcoz et Al., *Understanding the relationship of long working hours with health status and health-related behaviours*, *Journal of Epidemiology and Community Health*, 2009, 521; tra i più recenti e discussi quello di F. Pega et Al., *Global, regional, and national burdens of ischemic heart disease and stroke attributable to exposure to long working hours for 194 countries, 2000-2016. A systematic analysis from the WHO/ILO Joint Estimates of the Work-related Burden of Disease and Injury*, *Environment international*, 2021, 154, 106595, ove si giunge ad affermare che «exposure to long working hours [...] is currently the occupational risk factor with the largest attributable disease burden». Viene evidenziato anche l'aumento dei rischi di subire infortuni legato agli straordinari: A.E. Dembe et Al., *The impact of overtime and long work hours on occupational injuries and illnesses: new evidence from the United States*, *Occupational and Environmental Medicine*, 2005, 588; cfr. le conclusioni di B.K. Hunnicutt, *Kellogg's six-hour day*, Temple University Press, 1998, secondo cui

genere⁽²⁴⁾, contrastare i cambiamenti climatici attraverso la riduzione delle emissioni inquinanti⁽²⁵⁾, ampliare gli spazi dedicati alla formazione e, perfino, promuovere il turismo "interno"⁽²⁶⁾.

È giunto il momento di riportare sinteticamente le più recenti e significative attuazioni (o piani di attuazione) del lavoro su base tetra-giornaliera. Tra le esperienze su base aziendale, al di là del summenzionato pionieristico caso neozelandese, si può fare riferimento ad alcune di quelle progressivamente diffuse nel Regno Unito. Dall'inglese Atom Bank, al provider gallese di spazi di lavoro condiviso Indy Cube⁽²⁷⁾; dalla catena di supermercati inglese Morrisons, passando dalla sede scozzese di Canon's UK⁽²⁸⁾, sino alla società di consulenza Pursuit Marketing di Glasgow⁽²⁹⁾. Nell'ambito dell'istruzione, una scuola superiore della capitale inglese ha riconosciuto il venerdì pomeriggio libero al corpo docente⁽³⁰⁾. Nel continente asiatico, in India la società della tecnologia dell'informazione TAC Security sta sperimentando la chiusura della sede il venerdì⁽³¹⁾; le testate giornalistiche menzionano analoghe iniziative presso grandi multinazionali quali la sede nipponica della statunitense Microsoft⁽³²⁾ e la giapponese Panasonic⁽³³⁾.

Passando alle soluzioni introdotte da parte delle istituzioni pubbliche, una delle sperimentazioni più sorprendenti è quella realizzata da parte del consiglio comunale di Reykjavik, che ha coinvolto duemila e cinquecento dipendenti tra il 2015 e il 2019 (circa l'1% della popolazione attiva nazionale); le analisi hanno evidenziato, da un lato, la

l'introduzione di turni di sei ore nelle fabbriche Kellogg's negli anni Trenta avrebbe ridotto gli infortuni del 40%.

⁽²⁴⁾ G. Topa et Al., *Antecedents and consequences of retirement planning and decision-making: a meta-analysis and model*, *Journal of Vocational Behavior*, 2009, 38.

⁽²⁵⁾ P. Frey - C. Schneider, *The shorter working week: a powerful tool to drastically reduce carbon emissions*, *Autonomy*, 2019, www.autonomy.work

⁽²⁶⁾ In tal senso le dichiarazioni della premier neozelandese J. Ardern: E. Ainge Roy, *Jacinda Ardern flags four-day working week as way to rebuild New Zealand after Covid-19. Prime minister says flexible working options can boost productivity and domestic tourism and improve work/life balance*, *The Guardian*, 20 maggio 2020.

⁽²⁷⁾ R. Booth, *The Upside* cit., secondo cui, provando a contattare gli uffici fuori dall'orario di lavoro si riceverebbe un messaggio che rassicura di un riscontro «pretty quickly during working hours [...] if you're messaging us outside of these, we're probably busy with other things, like horse-riding, karate, or good old-fashioned sleep».

⁽²⁸⁾ Che ad inizio 2022 ha adottato un progetto pilota in collaborazione con importanti Atenei: J. Jolly, *Canon's UK arm to become latest company to trial four-day week* *Edinburgh-based firm joins pilot study into shorter working week run by Oxford and Cambridge academics*, *The Guardian*, 16 gennaio 2022.

⁽²⁹⁾ R. Booth, *The Upside* cit., che riferisce dell'aumento di produttività del 30% dall'introduzione (allora sperimentale) della settimana corta a fine 2016.

⁽³⁰⁾ R. Hall, *Happier teachers and higher grades: the London school that shortened the week*, *The Guardian*, 16 gennaio 2022, una soluzione che il giornalista ritiene in linea di continuità con quanto già avvenuto in diversi istituti statunitensi.

⁽³¹⁾ S. Mondal, *Indian IT Company's New 4-Day-Week Work Culture*, *OdishaTV*, 29 settembre 2021.

⁽³²⁾ Z. Kleinman, *Microsoft four-day work week boosts productivity*, *BBC news*, 4 novembre 2019.

⁽³³⁾ A. Tomisawa, *Japan's Panasonic Joins Global Trend Toward Four-Day Week. Staff can do side jobs, volunteer on days off: Panasonic CEO. Just over 8% of Japanese firms allow four-day weeks: survey*, *Bloomberg*, 10 gennaio 2022, ove si cita anche uno studio del Ministero del lavoro sulla diffusione tra le aziende giapponesi della facoltà per i lavoratori di optare per la settimana breve.

riduzione dell'indice di stress dei lavoratori e, dall'altro, l'assenza di pregiudizio alcuno per la produttività⁽³⁴⁾. Gli Emirati arabi uniti hanno annunciato di aver adottato dall'inizio del 2022 la settimana corta per tutto il settore pubblico⁽³⁵⁾. Nel marzo 2021 venne riportata la notizia che il governo spagnolo avrebbe finanziato con cinquanta milioni di euro un progetto della Comunità valenciana per introdurre su base volontaria la settimana "corta" di quattro giorni e trentadue ore⁽³⁶⁾.

Assai più numerose delle effettive attuazioni risultano le dichiarazioni politiche d'intenti. In Nuova Zelanda la premier J. Ardern, durante la fase pandemica, ha più volte sollecitato le parti sociali a considerare consensualmente una significativa riduzione dell'orario di lavoro⁽³⁷⁾. Un'altra primo ministro che ha fatto riferimento ai quattro giorni (per 24 ore settimanali) è stata la finlandese S. Marin⁽³⁸⁾.

L'allora presidente russo D.A. Medvedev, nel corso dell'assemblea generale dell'OIL del giugno 2019, dichiarò di ritenere "assai probabile" l'adozione della settimana corta⁽³⁹⁾. Curiosamente già nel 1929, l'allora Unione sovietica aveva tentato di agire in modo assai innovativo sull'organizzazione del tempo di lavoro settimanale durante l'attuazione del primo piano quinquennale stalinista. Il progetto, denominato "непрерывка", prevedeva un ciclo di quattro giorni di lavoro seguiti da un giorno di riposo, e la divisione dei lavoratori in cinque gruppi. L'obiettivo era quello di ottenere la saturazione delle capacità produttive dei macchinari attraverso il ciclo continuo. Ma se le macchine, come sostenne l'economista sovietico Y. Larin, non hanno bisogno di oziare, i lavoratori lo necessitano e prediligono

⁽³⁴⁾ G.D. Haraldsson - J. Kellam, *Going Public: Iceland's journey to a shorter working week*, 2021, www.autonomy.work, ove viene riportato come con la riduzione da 40 a 35/36 ore «productivity and service provision remained the same or improved across the majority of trial workplaces [...] worker wellbeing dramatically increased across a range of indicators, from perceived stress and burnout, to health and work-life balance», concludendo che l'esperimento si è rivelato «an overwhelming success, and since completion 86% of the Country's workforce are now working shorter hours or gaining the right to shorten their hours».

⁽³⁵⁾ Ansa, *Emirati: con il 2022 arriva settimana corta e nuovo weekend. In vigore la storica riforma sui giorni di lavoro*, Ansa, 2 gennaio 2022.

⁽³⁶⁾ La settimana corta, *Internazionale*, 9 aprile 2021, 95; cfr., a livello aziendale, D. Cavalcoli, *Settimana corta, smart working e taglio dello stipendio del 15%: l'esperimento di Telefónica*, *Corriere della sera*, 26 giugno 2021.

⁽³⁷⁾ Ainge Roy, *Jacinda Ardern flags four-day working week* cit.

⁽³⁸⁾ Euractiv, *Finland's PM calls for shortening working hours*, Euractiv, 25 agosto 2020, www.euractiv.com, ove tuttavia vengono riportate le eterogenee e contrastanti posizioni in punto di riduzione dell'orario di lavoro nel Partito socialdemocratico finlandese di cui la Marin è vicepresidente; cfr. il recente articolo Reuters, *Fact check Reuters, Fact Check-Finland has not introduced a four-day workweek*, Reuters, 13 gennaio 2022.

⁽³⁹⁾ B. Pearson-Jones - G. Martin, *Russian PM says he is looking to bring in a four-day week for the country after seeing how it boosted productivity at New Zealand company that introduced it*, *Daily mail*, 12 June 2019. Successivamente il ministro del lavoro promosse un confronto pubblico con le parti sociali sull'opportunità di diffondere il modello dei quattro giorni: The Moscow Times, *Russia's Labor Ministry Says 4-Day Work Week Would Improve Employees' Lives Despite Costs*, *The Moscow Times*, 1° ottobre 2019. Se le priorità politiche appaiono mutate e non si sia più avuto notizia della concreta attuazione del proponimento, la casa automobilistica AvtoVAZ avrebbe, da parte sua, in programma l'adozione per un trimestre della settimana corta, Reuters, *Russian carmaker AvtoVAZ plans 4-day week for three months from June 6*, Reuters, 25 marzo 2022.

farlo in compagnia: il modello lavorativo su base penta-giornaliera sembra sia stato abbandonato dopo un decennio proprio per la penuria di momenti di socialità⁽⁴⁰⁾.

Tra gli annunci più recenti, da un lato, la risoluzione del Belgio di voler promuovere una legge per la riparametrazione dell'attività lavorativa su base tetra-giornaliera⁽⁴¹⁾; dall'altro, il ritorno alle 35 ore per i dipendenti pubblici irlandesi nel secondo semestre 2022⁽⁴²⁾. La propensione politico-economica verso la settimana corta nel Regno Unito sembra rafforzarsi nel corso degli anni più recenti: nel 2019 la propose un parlamentare inglese (allora in "carica" anche quale "cancelliere ombra" laburista)⁽⁴³⁾; sono oggi in elaborazione, a diversi stadi di evoluzione, dei piani per l'adozione della settimana corta nei diversi stati dell'Unione⁽⁴⁴⁾.

Nel panorama italiano non pare si guardi con particolare favore alla riduzione della settimana lavorativa a parità di salario, sebbene sia da riportare qualche accordo aziendale in significativa controtendenza, quale l'accordo Ducati sulla riduzione a 30 ore settimanali⁽⁴⁵⁾. Non fa invece eccezione il disegno legge depositato dal Partito democratico alla Camera l'8 gennaio 2020, che certo propone una diminuzione dell'orario, ma in connessione ad una riduzione della retribuzione⁽⁴⁶⁾. Il presidente dell'Inps P. Tridico ha da

⁽⁴⁰⁾ J. Plunkett, *Utopian or inevitable? A four-day week is both. A remarkable experiment in Iceland, and 200 years of industrial history, show that longer weekends can make us happier and more productive*, *Prospect*, 7 luglio 2021, che riporta come «as one letter to the Communist Party's Pravda complained, "What is there for us to do at home if our wives are in the factory, our children at school and nobody can visit us? It is no holiday if you have to have it alone»; v. anche N. Frost, *For 11 years, the Soviet Union had no weekends. The experiment of a "continuous week" was shift work, on a colossal scale. And it failed*, *History stories*, 30 agosto 2018.

⁽⁴¹⁾ Non sarebbe tuttavia in discussione una riduzione dell'orario di lavoro, ma soltanto una possibile concentrazione delle 38 ore settimanali in quattro giorni lavorativi, a condizione vi sia il consenso sindacale e la parte datoriale non ponga il veto (previsto in specifiche ipotesi): M. Strauss, *Belgium permits four-day week to boost work flexibility post COVID*, *Reuters*, 15 febbraio 2022; T. Bateman, *Belgium approves four-day week and gives employees the right to ignore their bosses after work*, *Euronews*, 15 febbraio 2022; per alcune prime considerazioni v. P. Ichino, *La settimana corta dei belgi e i confini del lavoro dipendente*, *La voce*, 18 febbraio 2022.

⁽⁴²⁾ EPSU, *Covid bonus and reduced working hours. Ireland*, *EPSU collective bargaining newsletter*, n. 2, gennaio 2022: «public servants working full-time will return to the 35-hour week that applied before 2013 when austerity measures were introduced in response to the 2008-09 economic and financial crisis. This decision is also seen as partly in recognition of the efforts made during the pandemic».

⁽⁴³⁾ BBC Reality check, *General election 2019: What is Labour's four-day working week plan?*, BBC, 13 novembre 2019; cfr. R. Syal, *Four-day working week for all is a realistic goal this century, unions say*, in *The Guardian*, 10 settembre 2018, ove viene riportata la favorevole posizione della segretaria della grande confederazione inglese Trades Union Congress circa l'adozione della settimana corta, ritenuta (seppur a lungo termine) un obiettivo realizzabile per la maggior parte dei lavoratori: «it's time to share the wealth from new technology, not allow those at the top to grab it for themselves».

⁽⁴⁴⁾ Il think tank Autonomy (www.autonomy.work) ne riporta diversi

⁽⁴⁵⁾ In contropartita una riorganizzazione più faticosa dei turni, finalizzata all'ottimizzazione del funzionamento degli impianti. Il direttore delle risorse umane M. Morgese, intervistato nel corso di una inchiesta del programma di Rai3 "Presca diretta" del 7 settembre 2020, ha sostenuto che a distanza di cinque anni dall'introduzione del sistema di turnazione 3 giorni di lavoro e due giorni di riposo, in Ducati sarebbero aumentati il tasso di occupazione del 67% e la produttività del 40%. Nel medesimo programma della Rete pubblica viene esaminata anche l'esperienza di Lamborghini e, più in generale, quella che è stata definita la "via emiliana" al modello tedesco.

⁽⁴⁶⁾ L'On. S. Lepri, primo firmatario, affermò che «si parla molto di riduzione di orario di lavoro a parità di salario [...] ma l'ipotesi non funziona, si perde competitività». D. Cavalcoli, *Settimana corta cit.*, riporta

parte sua dichiarato convintamente e in più occasioni che «la riduzione dell'orario di lavoro a parità di salario è una leva per redistribuire ricchezza e aumentare l'occupazione. In Italia siamo fermi all'ultima riduzione dell'orario dal 1969, non ci sono riduzioni da 50 anni e andrebbe fatta»⁽⁴⁷⁾.

4. Il limite all'orario di lavoro quale guarentigia del dipendente: il diritto alla disconnessione

La relazione del Parlamento europeo del gennaio 2021, dedicata al diritto alla disconnessione, pur non essendosi occupata direttamente di riduzione dell'orario di lavoro ha avuto modo ribadire alcuni capisaldi, apparentemente quasi ovvi, ma che in realtà consentono di trarre implicazioni e suggestioni di non poco momento. Rinviando al documento per i profili analitici, basti qui ricordare che la disconnessione è definita un «diritto fondamentale che costituisce una parte inseparabile dei nuovi modelli di lavoro della nuova era digitale», e che essa assume ancor maggiore importanza «per i lavoratori più vulnerabili e per quelli con responsabilità di assistenza». Viene riconosciuto come principio fondante del diritto UE quello per cui i lavoratori non sono tenuti a fornire una disponibilità costante e senza interruzioni, e a tale fine deve essere chiaramente delineata la «differenza tra orario di lavoro, quando il lavoratore deve essere a disposizione del datore di lavoro [compreso il tempo di reperibilità], e l'orario non lavorativo, quando il lavoratore non ha nessun obbligo di restare a disposizione»⁽⁴⁸⁾. Non si può che ricavarne la necessità di una disciplina (legale o contrattuale) che rimuova tutte le "zone di penombra", con gradazione più o meno intensa, tra tempo di lavoro e tempo di non lavoro. Zone che presentano ambivalenze e ambiguità particolarmente critiche nell'ambito dell'espletamento della prestazione in modalità agile: zone che per il momento la disciplina nazionale non sembra in grado di rischiarare.

Sul lavoro prestato "senza precisi vincoli di orario" si è espresso anche Eurofound, giungendo alla conclusione che le persone che lavorano abitualmente da casa hanno più del doppio delle probabilità, rispetto a chi presta l'attività in azienda, di lavorare oltre le

anche una proposta di legge del governo giapponese per la settimana corta con l'obiettivo di «migliorare l'equilibrio tra lavoro e vita privata delle persone [e] risolvere il problema del "karoshi", la morte causata dal superlavoro»; cfr. Internazionale, *La settimana corta*, *Internazionale*, 6 maggio 2022, 37, ove si riferisce che «in vari paesi asiatici [...] si comincia a sperimentare la settimana lavorativa di quattro giorni».

⁽⁴⁷⁾ Rainews, *Occupazione, la ricetta del presidente dell'Inps Tridico: "Meno ore di lavoro a parità di salario"*, *Rainews*, 10 aprile 2019; cfr. G. Cazzola, *Ha senso la proposta di Tridico per ridurre l'orario di lavoro?*, *Start magazine*, 6 maggio 2019; Boeri *stronca la riduzione delle ore: "Esperienze del passato disastrose"*, *Repubblica.it*, 20 aprile 2017.t

⁽⁴⁸⁾ Parlamento UE, *Risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione*, 21 gennaio 2021, 2019/2181(INL). Come noto, nel nostro Paese il diritto alla disconnessione è rapidamente menzionato soltanto con riferimento ai dipendenti che svolgono la prestazione in modalità agile (art. 19, l. 81/2017). Mentre, nella proposta del Parlamento UE, la direttiva sul diritto alla disconnessione dovrebbe essere applicata «a tutti i settori, sia pubblici che privati, e a tutti i lavoratori, indipendentemente dal loro status e dalle loro modalità di lavoro».

quarantotto ore settimanali e di riposare meno delle undici ore previste fra un giorno lavorativo e l'altro⁽⁴⁹⁾.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha ribadito come la dir. 2003/88/CE in tema di orario di lavoro (normativa che certo non può esser tacciata d'eccessivo afflato protettivo nei confronti dei lavoratori) imponga ai datori di lavoro l'obbligo di predisporre un «sistema oggettivo, affidabile e accessibile», che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore⁽⁵⁰⁾. La Corte ha poi ripetutamente sottolineato come la nozione europea di orario di lavoro, ai fini del rispetto delle prescrizioni minime sull'organizzazione dell'orario di lavoro per il miglioramento delle condizioni dei lavoratori, debba includere «qualsiasi periodo in cui il dipendente sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della propria attività o delle proprie funzioni [...] e che tale nozione va intesa in opposizione al periodo di riposo, in quanto ciascuna delle due nozioni esclude l'altra»; chiarendo che «si deve necessariamente rilevare, in tale contesto, che tale direttiva non prevede categorie intermedie tra i periodi di lavoro e quelli di riposo»⁽⁵¹⁾.

Sono numerosi gli atti internazionali che fanno riferimento all'orario di lavoro o di riposo: sia sufficiente richiamare l'efficace sintesi all'art. 24 della Dichiarazione universale dei diritti umani Onu del '48, secondo cui «ogni individuo ha diritto al riposo ed allo svago, comprendendo in ciò una ragionevole limitazione delle ore di lavoro e ferie periodiche retribuite»⁽⁵²⁾.

In un recente contributo si è ritenuto di inquadrare il diritto alla disconnessione quale diritto di "nuova generazione" «innervato nelle potenzialità innovative di Industria 5.0, nell'evaporazione del tempo, del luogo e dei controlli diretti sul lavoratore [che] va concepito come presidio non solo della salute o del limite del rispetto del tempo di lavoro e, in negativo, del tempo di riposo, ma anche nella logica di conciliazione dei tempi [non essendo] più centrale il tempo di lavoro, ma il tempo libero dal lavoro»⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁹⁾ V. Llave, *Covid-19 unleashed the potential for telework: how are workers coping?*, Eurofound, 9 giugno 2020.

⁽⁵⁰⁾ Corte giust. 14 maggio 2019, C-55/18, *CCOO c. Deutsche Bank SAE*, ove si sottolinea che tale sistema è richiesto al fine di assicurare "l'effetto utile" dei diritti previsti dalla Direttiva; v. anche Corte giust. 21 febbraio 2018, C-518/15, *Ville de Nivelles c. Matzak*. secondo cui la Direttiva «non consente agli Stati membri di adottare o mantenere una definizione della nozione di orario di lavoro meno restrittiva di quella contenuta all'articolo 2» e il tempo trascorso dal lavoratore «al proprio domicilio con l'obbligo di rispondere alle convocazioni del suo datore di lavoro entro 8 minuti, obbligo che limita molto fortemente le possibilità di svolgere altre attività, devono essere considerate come orario di lavoro».

⁽⁵¹⁾ Corte giust. 10 settembre 2015, C-266/14, *CCOO c. Tyco*.

⁽⁵²⁾ Si potrebbero certo rammentare gli assimilabili principi contenuti nella Costituzione OIL o nella Carta sociale europea; sin dall'Ottocento, nella normativa codicistica italiana di stampo liberale del '65, si rinviene la preoccupazione di limitare temporalmente la messa a disposizione delle energie lavorative: secondo gli artt. 1627 e 1628 infatti tra le locazioni di opere era contemplata quella «per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio [soltanto] a tempo o per una determinata impresa».

⁽⁵³⁾ A. Tursi, *Le metamorfosi* cit., 9.

Circa l'importanza per i lavoratori di poter fare affidamento su un orario di lavoro non eccessivamente esteso, il più possibile certo nell'ammontare, predeterminato nella dislocazione temporale, è stato verificato come il lavoratore medio sarebbe disposto a rinunciare fino al venti per cento del salario in cambio di un'organizzazione del lavoro regolare, che non consenta alla parte datoriale modifiche senza adeguato preavviso⁽⁵⁴⁾.

5. Se 8 ore son troppo poche...

Alla questione della riduzione dell'orario si riconnettono diverse finalità, non sempre facilmente coordinabili tra loro. Dal lato imprenditoriale, ad esempio, l'obiettivo di una rigida predeterminazione dei turni potrebbe essere funzionale all'ottimizzazione della resa degli impianti; dall'altro lato, vi saranno lavoratori (o categorie di lavoratori) che potrebbero prediligere l'organizzazione su quattro giorni a tempo pieno, altri il riconoscimento di una maggiore duttilità temporale, magari adottando più turni ad orario ridotto.

Il modello da adottare dipenderà certamente anche dal settore produttivo e dalle caratteristiche dell'attività lavorativa svolta: la fonte più adatta a regolare tale multiforme fenomeno dovrà essere individuata nella contrattazione collettiva, che determinerà il punto di caduta della mediazione anche in base all'effettivo bilanciamento degli interessi in campo⁽⁵⁵⁾. D'altra parte, se una riduzione dei giorni di lavoro comporta l'alleggerimento della congestione del traffico e una particolare agevolazione per i lavoratori nel corso delle fredde e brevi giornate invernali oltre certe latitudini, si può ragionevolmente supporre che la riduzione della giornata lavorativa consenta di aumentare l'efficienza della prestazione oraria.

Quello che merita di essere sottolineato è che il modello “four-day a week”, anche nelle sue declinazioni ibride o spurie, non può che contrapporsi all'organizzazione liquida del lavoro derivante da forme di lavoro agile fondate sul principio dell'assenza di “precisi vincoli di orario”. Ad avviso di chi scrive l'accostamento tra le due modalità, che pure possono nella realtà mostrare episodici contatti nella realtà fattuale⁽⁵⁶⁾, è inaccettabile e fonte illustrazioni distorsive e opache. Se proprio si volesse continuare ad insistere sui profili della “responsabilità” e della auto-gestione del dipendente (richeggiando subdolamente modelli teorici sull'implicazione del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa, peraltro recessivi e definitivamente respinti), che questi elementi vengano legati almeno, e *a fortiori*, ad una concezione rigorosa e “vetero-tradizionale” di tempo di

⁽⁵⁴⁾ *Shifting shifts. The tight labour market is making unskilled work more predictable America's biggest retailers are moving away from just-in-time scheduling, The Economist*, 6 dicembre 2018; cfr. J.C. Williams et Al., *Stable scheduling increases productivity and sales. The stable scheduling study, Worklife law*, 2018.

⁽⁵⁵⁾ V. *infra*.

⁽⁵⁶⁾ Trattasi, ad esempio, di due modalità idonee a ridurre gli spostamenti casa-lavoro, con evidenti benefici non soltanto per il benessere delle persone, ma anche sul fronte ambientale e dei risparmi energetici. Entrambe ambirebbero poi a migliorare la conciliazione tra tempi di lavoro e tempi esistenziali, seppur con strumenti profondamente diversi e, soprattutto, di diversa efficacia (se si ritiene convincente la prospettiva offerta in questo contributo).

lavoro. Un tempo che occorre ridurre e, progressivamente, confinare in uno spazio quantitativamente sempre meno rilevante, ribadendo la netta separazione da quello, specularmente sempre più ampio, dedicato ad attività (e inattività!) altre; attività del tempo liberato che contribuiscono, certamente assieme a certi tipi di lavoro (ma non tutti), ad impreziosire, nobilitare, elevare persona umana.

L'approccio proposto si pone d'altra parte in armonia con i valori espressi dalla Carta repubblicana: l'uguaglianza sostanziale, la dignità e la libertà della persona, la valorizzazione delle formazioni sociali, il contenimento dell'iniziativa economica. D'altro canto, anche il riconoscimento del lavoro quale fondamento repubblicano e del dovere di svolgere attività o funzioni che concorrano al «progresso materiale o spirituale della società» sono principi che devono essere letti in una prospettiva ampia e inclusiva. I cittadini contribuiscono perciò ad inverare il dettato costituzionale anche svolgendo una delle mutevoli forme che assumono le attività di volontariato, assistendo a uno spettacolo teatrale, suonando nella banda circoscrizionale e, forse financo, viaggiando, leggendo un libro o "ozziando proditoriamente" ⁽⁵⁷⁾.

Occorre in altri termini ridefinire nette soluzioni di continuità tra lavoro e non lavoro seppur, come visto, adeguando e adattando i termini alle caratteristiche delle differenti modalità di resa della prestazione. Ribadendo che, in una prospettiva evolutiva e di lungo termine, la quantità di tempo lavorato dovrebbe costantemente (forse ineluttabilmente) tendere alla riduzione, accompagnandosi all'incremento del benessere e delle condizioni sociali; anche a rischio di limitare il desiderio individuale di lavorare ad oltranza e di frustrare le pur diffuse velleità stakanoviste⁽⁵⁸⁾.

Come visto, la riduzione dell'orario si riconnette a differenti ed eterogenei profili su cui è opportuno brevemente soffermarsi. Il primo è quello relativo alla produttività. Si evince dagli ultimi dati esaustivi dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico che in Russia si lavora in media quasi 2000 ore all'anno, negli Stati Uniti quasi 1800, in Italia poco più di 1700; mentre tra i paesi con la più bassa quantità di ore lavorate si posizionano Germania (meno di 1400), Danimarca (poco più di 1400) e Olanda

⁽⁵⁷⁾ Sul tempo liberato dal lavoro, insuperabili le pagine di B. Russell, *Elogio dell'ozio*, Tea, 2018, 25. Egli distingue tra "piaceri attivi" e "passivi", evidenzia l'importanza dell'istruzione per educare e raffinare il gusto così da sfruttare in modo intelligente il tempo libero; per poi concludere che in un mondo «dove nessuno sia costretto a lavorare più di quattro ore al giorno, ogni persona dotata di curiosità scientifica potrebbe indulgervi, ogni pittore dipingere senza morire di fame, i giovani scrittori non sarebbero costretti ad attirare su se stessi l'attenzione con romanzacci sensazionali per procurarsi l'indipendenza necessaria alla produzione di opere geniali (che poi non scriveranno più perché, al momento buono, ne avranno perso il gusto e la capacità)».

⁽⁵⁸⁾ Ancora, il caustico commento di B. Russell, *Elogio* cit., 18: «soltanto un ascetismo idiota, e di solito succedaneo, ci induce a insistere nel lavorare molto quando non ve n'è più bisogno» A.M. Ponzellini, *Tempo e lavoro. Una lotta per la libertà e altre storie, Sociologia del lavoro*, 2021, 255, rileva che «da gran parte dei lavoratori long-hours sembra appartenere al novero di quei lavoratori fortunati, per reddito e qualità di lavoro, che tuttavia rinunciano al proprio tempo libero per lavorare oltre misura».

(1430)⁽⁵⁹⁾: sono queste ultime nazioni che all'elevata ricchezza e all'alto benessere sociale affiancano un eccellente livello di produttività sotto il profilo economico. Anche scontando la controvertibilità della quantificazione di nozioni quali benessere e produttività (ma anche la standardizzazione del numero di ore lavorate potrebbe dare adito a legittime riserve), risulta chiaro che la produttività totale non è direttamente connessa al tempo dedicato all'attività lavorativa; sembra anzi di poter evincere dai dati una certa correlazione tra moderazione della quantità di lavoro e indice di produttività. Anche l'indagine del World Economic Forum, basata su dati Eurostat, evidenzia come i Paesi europei con la maggiore quantità di ore lavorate per settimana siano Grecia, Bulgaria e Polonia; all'estremo opposto si pongono Olanda, Danimarca e Norvegia⁽⁶⁰⁾.

Un altro aspetto, assai rilevante nella visione tradizionale, è quello della riduzione oraria corrispondente all'aumento dei posti di lavoro ovvero, secondo una diversa prospettiva, della conservazione dell'occupazione dinanzi alla progressiva automazione dei processi produttivi. Resta, da un lato, controverso l'effetto sull'incremento della popolazione occupata⁽⁶¹⁾. Dall'altro lato, la tralatizia convinzione che le occasioni di lavoro verrebbero ridotte con l'introduzione delle innovazioni tecnologiche è oggi messa in dubbio da recenti analisi empiriche⁽⁶²⁾.

Non trascurabile è certamente anche la potenziale implicazione in termini di attenuazione delle differenze di genere sul mercato del lavoro; lettura che parte dal condivisibile assunto che sia prevalentemente la manodopera femminile ad accettare (o a richiedere) la riduzione dell'orario di lavoro, così come, specularmente, siano le componenti del medesimo genere ad avere maggiori difficoltà nel rendersi disponibili a protrarre l'attività oltre gli orari ordinari⁽⁶³⁾. D'altro canto, viene rilevato come l'esperienza francese

⁽⁵⁹⁾ Dati Ocse 2019; occorre rilevare come durante la pandemia sembra vi sia stata una riduzione della quantità di tempo lavorato: allo stato i dati sono tuttavia incompleti e occorre verificare se non si tratti soltanto di una tendenza congiunturale di breve periodo.

⁽⁶⁰⁾ R. Smith, *This country works the longest hours* cit.

⁽⁶¹⁾ Secondo la lettura piuttosto apodittica di G. Dryer, *La settimana lavorativa di quattro giorni non ridurrà la disoccupazione*, *Internazionale*, 17 giugno 2020, all'effetto tipico di incremento della produttività non si accompagnerebbe un aumento dell'occupazione: l'imprenditore razionale ricorrerebbe piuttosto agli straordinari oppure opterebbe per un investimento nell'automazione.

⁽⁶²⁾ Letteratura ovviamente sconfinata: da un lato si può ricordare, già al crepuscolo dello scorso millennio, le cupe previsioni di J. Rifkin, *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era post-mercato*, Baldini & Castoldi, 1995. Dall'altro, si vedano le recenti analisi, di ben altro tenore, riportate nell'approfondimento *Economists are revising their views on robots and jobs. There is little evidence of a pandemic-induced surge in automation*, *The Economist*, 22 gennaio 2022, (tra le quali viene evidenziata quella di P. Aghion et Al., *What Are the Labor and Product Market Effects of Automation? New Evidence from France*, *Research Briefs - Economic Policy*, 2020, 1; v. anche C.B. Frey - M. Osborne, *The Future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?*, *Oxford Martin School - University of Oxford*, 2013); M. Squicciarini - J. Staccioli, *Labour-Saving Technologies and Employment Levels: are robots really making workers redundant?*, *Policy papers n. 124*, *OECD Publishing*, 2022, 31.

⁽⁶³⁾ E. Mutari -D.M. Figart, *Europe at a crossroads: harmonization, liberalization, and the gender of work time*, in *Social Politics: International Studies in Gender, State and Society*, 2001, 36, ritengono che la riduzione del tempo di lavoro contribuirebbe a ridurre la disuguaglianza di genere nel mercato del lavoro così come la ridistribuzione del lavoro domestico e rilevano che in Europa «countries with shorter standard work weeks

delle 35 ore non paia aver impattato in modo incisivo sulla ripartizione tra i generi degli impegni endo-familiari (ma abbia invece contribuito alla riduzione del part-time involontario)⁽⁶⁴⁾.

Vi è poi da richiamare l'eco-compatibilità delle organizzazioni produttive a minore impatto ambientale; a parte le ovvie deduzioni legate alla minore congestione del traffico o alla riduzione dei chilometri percorsi, è stato anche rilevato come i soggetti impegnati in attività lavorative per orari prolungati adottino stili di vita scarsamente "environment-friendly" in quanto tendenti al consumismo ad alta intensità energetica⁽⁶⁵⁾.

Un'ultima prospettiva, ma certo se ne potrebbero immaginare altre, è quella della riduzione di orario a beneficio dell'allungamento della vita lavorativa e dell'invecchiamento in buona salute. Si potrebbero immaginare conteggi complessivi della quantità di tempo che un essere umano nel corso della vita dedica all'impegno lavorativo, magari ponderando il peso della singola unità oraria all'età di colui che svolge l'attività (e della caratteristica dell'attività stessa)⁽⁶⁶⁾. Sembra andare in questa direzione il progetto, pur settoriale, introdotto in Belgio a partire dall'inizio del nuovo millennio⁽⁶⁷⁾.

and limited overtime rank highest on gender equity indicators»; cfr. il rilievo in tema di impatto di genere del "presentismo competitivo" in R Simpson, *Presenteeism, power and organizational change: long hours as a career barrier and the impact on the working lives of women managers*, *British Journal of Management*, 1998, 48, secondo cui «such presenteeism [is] highly gendered [...]. Women [...] are unable or unwilling to compete over presenteeism itself so that they may not be seen to be fully committed to the organization [and] the almost total exclusion of women from late evening informal sessions means they cannot gain access to information or be in the front line in terms of internal "head hunting" in which jobs and occasionally promotions are allocated on the basis of personal recommendations and internal networks. [Another] aspect of presenteeism concerns the costs to women, especially those with children, of attempting to accommodate the conflicting demands made upon them. For some women their own sense of vulnerability and visibility in maledominated organizations means that they cannot openly challenge prevailing practices and must rely instead on hidden countervailing strategies and subterfuge, while for others the costs of remaining in their present positions are simply too high».

⁽⁶⁴⁾ Assemblée Nationale, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur l'impact sociétal, social, économique et financier de la réduction progressive du temps de travail*, 2014, www.assemblee-nationale.fr; cfr. l'esperienza portoghese con quella francese in A. Lepinteur, *The shorter workweek and worker wellbeing: evidence from Portugal and France*, *PSE Working Paper*, 21, 2016, www.halshs.archives-ouvertes.fr

⁽⁶⁵⁾ F.X. Devetter - S. Rousseau, *Working hours and sustainable development*, *Review of Social Economy*, 2011, 333.

⁽⁶⁶⁾ S. Fadda, *Labour Coefficients Reduction and Working Time Reduction*, *Argomenti*, 2016, 84, «retirement regulations could allow for flexible retiring ages, with gradual reduction of working time linked to progressive inclusion of young workers in the firm. In this way the concept of working time per worker that we have been referring to becomes closer to that of working time per person».

⁽⁶⁷⁾ A partire dall'anno 2000 i lavoratori del settore non profit hanno beneficiato di congedi supplementari in misura progressiva all'aumentare dell'età (un giorno al mese oltre i 45 anni, due oltre i 50, tre oltre i 55): M. Lamberts et Al., *Versterking van het arbeidsvolume in de social profit sector in Vlaanderen*, *HIVA Onderzoeksinstituut voor Arbeid en Samenleving*, www.hiva.kuleuven.be/nl/nieuws/docs-bij-nieuwsitems/zkc6812-eindrapport-a4-eind-druk.pdf

6. Qualche considerazione di congedo

Il tema del tempo di lavoro presenta un alto coefficiente di complessità ed è stato affrontato in filosofia ben prima che nell'ambito delle scienze sociali. Non è possibile nemmeno tentare di richiamare le linee di analisi puramente speculative; così come sarebbe ultroneo ripercorrere i passi dei giuristi, compresi quelli impegnati nella (solo apparentemente) più contenuta prospettiva giuslavoristica; quest'ultima, peraltro, dedicata prevalentemente al rilievo che il tempo di lavoro assume sotto il profilo della qualificazione del contratto di lavoro⁽⁶⁸⁾.

Già nei primi anni del nuovo millennio, per descrivere le oscillazioni nella durata della prestazione di lavoro, è stata evocata l'immagine del "bradisismo"⁽⁶⁹⁾: i modelli di produzione dell'economia dell'informazione e della digitalizzazione sembrano invitare a mutare paradigma o, più prosaicamente, a spostare il punto di osservazione, sia *de iure condito* sia (forse soprattutto) *de iure condendo*. È proprio a cavaliere tra questi due fenomeni che si è posta la disciplina del modo di lavorare in forma agile: con una normativa assai leggera che concede (auspicabilmente) alle parti sociali, (in modo più preoccupante) all'autonomia individuale e, finalmente, anche all'interprete, il ruolo di integrare la trama regolamentare del fenomeno.

In questo contributo si è invece voluto riaffermare la necessità di delimitare nel modo più netto e inequivocabile i confini tra tempo di lavoro e tempo di non lavoro. Una esigenza legata alla valorizzazione dello statuto protettivo del prestatore di lavoro subordinato; uno statuto che non sembra suscettibile di essere depotenziato, pur al cospetto del progressivo ridimensionamento del modello produttivo di riferimento della realtà industriale (che, a ben vedere, ha da sempre rappresentato solo una parte del complesso e articolato mondo del lavoro)⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁸⁾ G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, 2005, 63, riferendosi ai «sommovimenti verso il basso del tempo di lavoro [...] ovvero verso l'alto».

⁽⁶⁹⁾ Ma è doveroso richiamare almeno alcuni dei contributi più significativi: a partire dalle Giornate di studio Aidlass del 1986, con le relazioni di R. De Luca Tamajo e P. Alleva, i cui atti sono raccolti in Aa.Vv., *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio* cit.; per passare agli studi monografici di P. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1984/85; di V. Leccese, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, 2001; di V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, 2008.

⁽⁷⁰⁾ Anzi l'OIL ribadisce come «le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, che consentono di poter svolgere la prestazione lavorativa ovunque in qualsiasi momento, offuscano i limiti di tempo dedicato al lavoro e alla vita privata e possono contribuire ad allungare l'orario di lavoro», OIL Commissione mondiale sul futuro del lavoro, *Lavorare per un futuro migliore*, OIL, 2019, 42. Sul *work-life blending* v. le considerazioni su M.G. Militello, *Il work-life blending nell'era della on demand economy*, RGL., 2019, I, 51 ss., che ritiene assottigli «la distanza tra lavoro e vita privata, fino a determinare la perdita del tempo: il venire meno, cioè, della chiara definizione dei confini tra tempi di lavoro e tempi di vita [e] mette in discussione una delle grandi conquiste dei lavoratori dell'inizio del secolo scorso: la definizione del tempo di lavoro [...] il work-life blending si fonda [...] sulla necessità imposta dal progresso e dalle e dalle pressioni economiche di mischiare vita e lavoro, e si contrappone a quello del work-life balance, che si fonda, invece, sull'assunto per il quale lavoro e vita devono essere mantenuti distinti»; su questi temi v. anche A.R. Tinti, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, WP CSDLLE, It., n. 419/2020.

Rinunciare a determinare il confine tra lavoro e non lavoro significa porre a repentaglio la tensione verso la sempre più ampia ed effettiva tutela della parte debole del rapporto: una parte posta in posizione di inferiorità, ineluttabilmente, tecnico-giuridica e, sovente, anche socio-economica⁽⁷¹⁾.

Una lettura che dialoga armonicamente col tema della “(ri)scoperta” della riduzione quantitativa del tempo di lavoro. Riduzione che, seppur dalla foggia tutt’altro che monolitica, assume la sua forma più attraente e promozionale nell’immagine dell’organizzazione tetra-giornaliera. La formula del *4-days week* sembra rappresentare idealmente la soluzione capace di soddisfare numerose e rilevanti istanze tra cui quelle sociali (ulteriore liberazione di tempo esistenziale, compreso quello “riproduttivo”⁽⁷²⁾, attenuazione dello stress, diminuzione di infortuni e di patologie croniche, invecchiamento attivo di maggiore qualità); economiche (maggiore produttività del personale, possibilità di ottenere picchi di efficienza dalle macchine e dai sistemi digitali, ridimensionamento degli spazi aziendali); politiche (miglioramento delle condizioni di vita dei cittadini; risparmio dei costi previdenziali e assicurativi; riduzione dell’impatto ambientale, attenuazione delle distorsioni di tipo discriminatorio, in primo luogo quelle per genere, età, disabilità).

Nell’ambito di un’economia di mercato, ove si presume (a volte con qualche eccesso di ingenuità) che gli operatori si muovano negli spazi di libertà riconosciuti dal legislatore secondo scelte opportunistiche e razionali, è ovviamente necessario realizzare una strategia che sia in grado di ottenere l’effettiva diffusione dell’orario di lavoro ridotto. Si è visto che le eterogenee esperienze sinora offerte dalla realtà sono legate a fattori storici più o meno contingenti e a differenti obiettivi.

Occorrerà elaborare un piano di intervento articolato, coordinato e di lungo periodo, che prenda le distanze dalla logica semplicistica del “*one-size-fits-all*”. All’accorto e prudente ricorso alla norma generale e astratta, è necessario affiancare soluzioni promozionali e spazi di adeguamento alle peculiarità settoriali, ove si potrebbe valorizzare il ruolo delle parti sociali (a condizione che siano rappresentative e culturalmente qualificate)⁽⁷³⁾.

⁽⁷¹⁾ R. Del Punta, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in *Il lavoro 4.0. La IV Rivoluzione Industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, a cura di A. Cipriani - A. Gramolati - G. Mari, FUP, 2018, 232, secondo cui «la vita non lavorativa non può restare permanentemente esposta [...] all’invasione della vita lavorativa e delle pressioni che questa comporta».

⁽⁷²⁾ Cfr. A.M. Ponzellini, *Tempo e lavoro* cit., 256, secondo la quale «se si guarda al (tempo di) lavoro con lo sguardo di donna, l’inconsistenza tra “tempo di lavoro” e “tempo liberato” viene definitivamente messa a nudo [...] la prima antinomia da superare è stata piuttosto quella tra lavoro produttivo e lavoro riproduttivo»; cfr. L. Calafà, *La prestazione di lavoro tra assenze e (dis)equilibri familiari*, LD, 2001, 150, che ritiene che il legislatore (italiano ed europeo) avesse già allora intrapreso «transito qualitativo verso una dimensione temporale della prestazione di lavoro in cui la persona e i suoi legami diventano centrali» e F. Siotto, *Fuga dal tempo misurato: il contratto di lavoro tra subordinazione e lavoro immateriale*, RIDL, 2010, II, 419.

⁽⁷³⁾ Già in EU Commission, *Research paper. Transformation of labour and future of labour law in Europe. Final report*, European Communities, Luxembourg, 1999, 93, la Commissione UE ritiene che «collective bargaining is the most appropriate platform to lay down rules governing time». T. Treu, *Intervento*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio* cit., 142: «se uno degli obiettivi perseguiti dal sistema è anche la tendenziale riduzione generalizzata dell’orario di lavoro [...] e se la legge non sembra particolarmente adeguata a promuovere tale riduzione, lo strumento non può che essere la contrattazione centralizzata».

Uno strumento centrale sarà rappresentato dal disincentivo a ricorrere allo straordinario (a meno che, per l'appunto, di esigenza straordinaria e limitata si tratti)⁽⁷⁴⁾. Sarà necessario poi rielaborare, o almeno riadattare, la disciplina sul lavoro a tempo parziale⁽⁷⁵⁾. Così come non potrà essere più procrastinata la decisione di rendere draconianamente onerosa⁽⁷⁶⁾ la scelta di adottare tecnologie che comportino una perdita secca di quantità di lavoro "umano" (c.d. "labour-saving technologies").

Come visto appare opportuno, anche socialmente, introdurre elementi di modularità nel conteggio dell'orario di lavoro, legandolo sia all'attività specifica (anche nel medesimo "settore": il lavoro di un docente universitario non può essere comparato a quello di un insegnante di scuola materna, come è stato inopinatamente fatto al momento di distribuire le prime dosi vaccinali), sia all'età anagrafica del lavoratore.

Sebbene potenzialmente meno conflittuali, si deve dubitare di soluzioni limitate settorialmente o eccessivamente improntate alla promozione e alla volontarietà (misure di "soft law"). Una soluzione equilibrata potrebbe essere quella di introdurre le prime riforme nel macro-settore del lavoro pubblico, ove la parte datoriale dovrebbe teoricamente incarnare sia i tratti dell'efficienza imprenditoriale, sia il buon andamento della pubblica amministrazione⁽⁷⁷⁾.

Merita infine d'essere evidenziata la stretta correlazione tra le riforme normative (soprattutto nel settore del lavoro e, più in generale, della politica sociale) e i cambiamenti culturali. In questa prospettiva il tema qui trattato è uno strumento per combattere gli atteggiamenti discriminatori, e in particolare la segregazione occupazionale di genere

⁽⁷⁴⁾ *Special agreement covers overtime and pay for municipal workers. Norway, EPSU Collective Bargaining, 2022*, newsletter n.1, ove si illustra l'entrata in vigore di un nuovo contratto collettivo quadro che consente ai dipendenti degli enti locali di stipulare accordi di limitazione dello straordinario (il cui utilizzo è cresciuto notevolmente nella fase dell'emergenza pandemica); si precisa che «overtime rates are increased to 200% on normal days and 300% on weekends and holidays».

⁽⁷⁵⁾ Finalmente ponendosi in termini giuridici anche l'annosa questione della scelta involontaria del tempo parziale, che incide in termini radicalmente differenti sui due generi: riporta G. Testa, *Perché le donne continuano a guadagnare meno degli uomini*, *Internazionale*, 6 marzo 2020, che «in Italia il 19,5 per cento delle donne occupate lavora con un part-time non volontario (gli uomini sono il 6,5 per cento)».

⁽⁷⁶⁾ Oppure, in modo meno radicale e meno efficiente, imporre un piano sociale "compensativo" al momento dell'introduzione di innovazioni tecnologiche.

⁽⁷⁷⁾ Potrebbe assumere una funzione promotrice l'European Federation of Public Service Unions (EPSU). Come visto *supra* vanno in questa direzione le suggestioni provenienti dalla Gran Bretagna, dall'Irlanda e dalla Scandinavia; commentando l'esperimento islandese, v. *Perché in Islanda la settimana lavorativa di quattro giorni è stata un «successo travolgente»*, *Open*, 8 luglio 2021; W. Stronge, direttore della ricerca presso il think tank Autonomy, ritiene che «la più grande prova al mondo di una settimana lavorativa più corta nel settore pubblico è stata sotto tutti i punti di vista un successo travolgente [e] dimostra che il settore pubblico è maturo per essere un pioniere delle settimane lavorative più brevi» Si veda tra le sperimentazioni pionieristiche, seppur dimensionalmente limitate, quella illustrata in U. von Thiele Schwarz - H. Hasson, *Employee self-rated productivity and objective. Organizational production levels effects of worksite health interventions involving reduced work hours and physical exercise*, *Journal of Occupational and Environmental Medicine*, 2011, 53, 838, e quella in K. Gyllenstein - G. Andersson - H. Muller, *Experiences of reduced work hours for nurses and assistant nurses at a surgical department: a qualitative study*, *BMC Nursing*, 2017, 16, 3, ove si rileva negli assistenti alla poltrona l'incremento della concentrazione la riduzione del rischio d'incorrere in errori. Gli attuali progetti più significativi sono per l'appunto destinati al settore pubblico, v. www.autonomy.work.

(verticale e orizzontale). Un contributo al superamento dello stantio e intollerabile modello del maschio *breadwinner* che si declina anche nel diffuso, indigesto e vile atteggiamento selettivo del “presentismo competitivo”⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁸⁾ Secondo cioè la logica che la mera presenza prolungata sul luogo di lavoro viene valutata dal superiore quale elemento sintomatico dell’impegno del dipendente e fattore dirimente per la carriera, v. R. Simpson, *Presenteeism, power and organizational change* cit., 37 e il contributo dall’emblematico titolo S. Rutherford, *Are You Going Home Already?, Time and Society*, 2001, 275, ove si denuncia come «at a time when women can offer almost everything that men can in terms of ability, skills and experience, time becomes an important differentiating feature which makes men more suitable than women. The requirement of this new management characteristic (to give time) may be theorized as an act of closure blocking off otherwise attainable goals for many women». Cfr. la soluzione adottata da Patagonia di chiudere gli uffici così da impedire ai dipendenti di lavorare oltre l’orario di lavoro, K. Quan, *The case for forcing your staff to leave the office at 5. When it comes to encouraging a healthy work-life balance, you can lead by example... or just lock the doors*, *Canadian Business*, 6 maggio 2015.

Bibliografia

- Aa.Vv., *Il tempo di lavoro: atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Aidlass, Genova 4-5 aprile 1986*, Giuffrè, 1987.
- Aghion P. e Al., *What Are the Labor and Product Market Effects of Automation? New Evidence from France*, in *Research Briefs - Economic Policy*, 2020, 1-68.
- Aimo M. - A. Fenoglio, *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, in *Labor*, 2021, 25-58.
- Ainge Roy E., *Jacinda Ardern flags four-day working week as way to rebuild New Zealand after Covid-19. Prime minister says flexible working options can boost productivity and domestic tourism and improve work/life balance*, in *The Guardian*, 20 maggio 2020, www.theguardian.com
- Albi P., *Il lavoro agile fra emergenza e transazione*, in *MGL*, 2020, 4, 771-793.
- Allamprese A. - Pascucci F., *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore "agile"*, in *RGL*, 2017, I, 307- 330.
- Ansa, *Emirati: con il 2022 arriva settimana corta e nuovo weekend. In vigore la storica riforma sui giorni di lavoro*, Ansa, 2 gennaio 2022, www.ansa.it
- Artazcoz L. e Al., *Understanding the relationship of long working hours with health status and health-related behaviours*, in *Journal of Epidemiology and Community Health*, 2009, 521-527.
- Assemblée Nationale, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur l'impact sociétal, social, économique et financier de la réduction progressive du temps de travail*, in *Assemblée Nationale*, 2014, www.assemblee-nationale.fr
- Autonomy, *A Four Day Week in Schools*, in *Autonomy*, 16 gennaio 2022, www.autonomy.work
- Autonomy, *A Future Fit for Wales: a shorter working week for all*, in *Autonomy*, 14 febbraio 2022, www.autonomy.work
- Autonomy, *A Shorter Working Week in Government: A worker-led inquiry into desirability, feasibility and impact*, in *Autonomy*, 2 agosto 2021, www.autonomy.work
- Ballestrero M.V., *Tempo di lavoro e nozione di subordinazione (intervento)*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro, Genova, 4-5 aprile 1986*, Aa.Vv., Giuffrè, 1987, 163-167.
- Bannai A. - Tamakoshi A., *The association between long working hours and health: a systematic review of epidemiological evidence*, in *Scandinavian Journal of Work, Environment and Health*, 2014, 5-18.
- Barnes A., *The 4 Day Week: How the Flexible Work Revolution Can Increase Productivity, Profitability and Well-being, and Create a Sustainable Future*, Piatkus, 2020.
- Bateman T., *Belgium approves four-day week and gives employees the right to ignore their bosses after work*, *Euronews*, 15 febbraio 2022, www.euronews.com
- Bavaro V., *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, 2008.
- Bavaro V., *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclofattorini)*, in *Labor*, 2021, 671-689.
- BBC Reality check, *General election 2019: What is Labour's four-day working week plan?*, in *BBC*, 13 novembre 2019, www.bbc.com
- Booth R., *The Upside. Is this the age of the four-day week? Dozens of firms are trying out shorter working hours – and finding it's good for workers, customers and the bottom line*, in *The Guardian*, 13 marzo 2019, www.theguardian.com
- Bregman R., *Utopia per realisti. Come costruire davvero il mondo ideale*, Feltrinelli, 2017.
- Calafà L., *La prestazione di lavoro tra assenze e (dis)equilibri familiari*, in *LD*, 2001, 143-161.
- Cavalcoli D., *Settimana corta, smart working e taglio dello stipendio del 15%: l'esperimento di Telefonica*, in *Corriere della sera*, 26 giugno 2021, www.corriere.it
- Cazzola G., *Ha senso la proposta di Tridico per ridurre l'orario di lavoro?*, in *Start magazine*, 6 maggio 2019, www.startmag.it

- Commissione mondiale sul futuro del lavoro OIL, *Lavorare per un futuro migliore*, 2019, Organizzazione internazionale del lavoro, Roma.
- Crouch D., *Efficiency up, turnover down: Sweden experiments with six-hour working day*, in *The Guardian*, 17 settembre 2015, www.theguardian.com
- Davis J., *Two Awesome Hours: Science-Based Strategies to Harness Your Best Time and Get Your Most Important Work Done*, HarperOne, 2015.
- De Luca Tamajo R., *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro Genova, 4-5 aprile 1986*, Aa.Vv., Giuffrè, 1987, 3-38.
- De Luca Tamajo R., *Replica*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro, Genova, 4-5 aprile 1986*, Aa.Vv., Giuffrè, 1987, 207-212.
- De Spiegelaere - S., Piasna A., *Perché e come ridurre l'orario di lavoro*, in *ETUI*, 2018.
- Del Conte M., *Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa*, in *ADL*, 2021, 549-569.
- Del Punta R., *Un diritto per il lavoro 4.0*, in *Il lavoro 4.0. La IV Rivoluzione Industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, a cura di A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari, FUP, 2018, 225-250.
- Delaney H., *Perpetual Guardian's 4-day workweek trial: Qualitative research analysis*, University of Auckland Business School, 2018.
- Dembe A.E. e Al., *The impact of overtime and long work hours on occupational injuries and illnesses: new evidence from the United States*, in *Occupational and Environmental Medicine*, 2005, 588-597.
- Devetter F.X. - Rousseau S., *Working hours and sustainable development*, in *Review of Social Economy*, 2011, 333-355.
- Dryer G., *La settimana lavorativa di quattro giorni non ridurrà la disoccupazione*, in *Internazionale*, 17 giugno 2020.
- EPSU, *Covid bonus and reduced working hours. Ireland*, in *EPSU collective bargaining newsletter*, n. 2, gennaio 2022, www.epsu.org
- EPSU, *Special agreement covers overtime and pay for municipal workers. Norway*, in *EPSU Collective Bargaining*, 2022, newsletter n.1, www.epsu.org
- EU Commission, *Research paper. Transformation of labour and future of labour law in Europe. Final report, European Communities*, Luxemburg, 1999.
- Euractiv, *Finland's PM calls for shortening working hours*, in *Euractiv*, 25 agosto 2020, www.euractiv.com
- Eurostat, *How many hours do Europeans work per week? Usual weekly hours in the main jobs for full time employees*, Eurostat, 2016, www.ec.europa.eu
- Fadda S., *Labour Coefficients Reduction and Working Time Reduction*, in *Argomenti*, 2016, 67-87.
- Fiorillo L. - A. Perulli, *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018.
- Frey C.B. - Osborne M., *The Future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?*, in *Oxford Martin School - University of Oxford*, 2013, www.oxfordmartin.ox.ac.uk
- Frey P. - C. Schneider, *The shorter working week: a powerful tool to drastically reduce carbon emissions*, in *Autonomy*, 2019, www.autonomy.work
- Frost N., *For 11 years, the Soviet Union had no weekends. The experiment of a “continuous week” was shift work, on a colossal scale. And it failed*, in *History stories*, 30 agosto 2018, www.history.com
- Giaconi M. - L. Giasanti - S. Varva, *Nuove prospettive di controllo nel rapporto di lavoro: i sistemi di riconoscimento facciale*, in *Pandemia, post pandemia e diritto del lavoro. Quali conseguenze durature?*, Aa.Vv., Editoriale Scientifica, 2022, 311-334.
- Gragoli E., *Tempo e contratto di lavoro subordinato*, in *RGL*, 2007, I, 439-471.
- Gyllensten K. - Andersson G. - Muller H., *Experiences of reduced work hours for nurses and assistant nurses at a surgical department: a qualitative study*, in *BMC Nursing*, 2017, 16:16, 1-12.
- Haar J., *Quantitative Research. Overview of the Perpetual Guardian 4-day (paid 5) Work*, Auckland University of Technology, 2018.

- Hall R., *Happier teachers and higher grades: the London school that shortened the week*, in *The Guardian*, 16 gennaio 2022, www.theguardian.com
- Haraldsson G.D. - J. Kellam, *Going Public: Iceland's journey to a shorter working week*, 2021, in *Autonomy*, 2021, www.autonomy.work
- Hunnicut B.K., *Kellogg's six-hour day*, Temple University Press, 1998.
- Ichino P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1984/85.
- Ichino P., *La settimana corta dei belgi e i confini del lavoro dipendente*, in *La voce*, 18 febbraio 2022, www.lavoce.info
- IMF, *Country focus. Kurzarbeit: Germany's Short-Time Work Benefit*, IMF, 15 giugno 2020, www.imf.org
- Internazionale, *La settimana corta*, in *Internazionale*, 6 maggio 2022, 37 ss.
- Taylor J.E., *Work-sharing during the Great Depression: did the 'President's Reemployment Agreement' promote reemployment?*, in *Economica*, 2011, 133-158.
- Janlert U., *Long working hours: an avoidable cause of stroke?*, in *The Lancet*, 2015, 1710-1711.
- Jolly J., *Canon's UK arm to become latest company to trial four-day week* Edinburgh-based firm joins pilot study into shorter working week run by Oxford and Cambridge academics, in *The Guardian*, 16 gennaio 2022, www.theguardian.com
- Keynes J.M., *Economic Possibilities for our Grandchildren*, ora in *Revisiting Keynes. Economic Possibilities for Our Grandchildren*, a cura di L. Pecchi - G. Piga, MIT Press, 2008.
- Kleinman Z., *Microsoft four-day work week boosts productivity*, in *BBC news*, 4 novembre 2019, www.bbc.com
- Lamberts M. e Al., *Versterking van het arbeidsvolume in de social profit sector in Vlaanderen*, in *HIVA Onderzoeksinstituut voor Arbeid en Samenleving*, www.hiva.kuleuven.be/nl/nieuws/docs-bij-nieuwsitems/zkc6812-eindrapport-a4-eind-druk.pdf
- Leccese V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, 2001.
- Leccese V., *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario di lavoro per finalità di tutela della salute*, in *RGL*, 2020, I, 428-442.
- Lepinteur A., *The shorter workweek and worker wellbeing: evidence from Portugal and France*, in *PSE Working Paper*, 21, 2016, www.halshs.archives-ouvertes.fr
- Llave V., *Covid-19 unleashed the potential for telework: how are workers coping?*, in *Eurofound*, 9 giugno 2020, www.eurofound.europa.eu
- Maran G., *Il tempo non è denaro. Perché la settimana di 4 giorni è urgente e necessaria*, Altrimedia, 2020
- McLellan L., *So much for 9 to 5. There's one job perk more popular than a four-day workweek*, 1 marzo 2022, in www.qz.com
- Militello M.G., *Il work-life blending nell'era della on demand economy*, in *RGL*, 2019, I, 47-68.
- Mondal S., *Indian IT Company's New 4-Day-Week Work Culture*, in *OdishaTV*, 29 settembre 2021, www.odishatv.in
- Mutari E. - Figart D.M., *Europe at a crossroads: harmonization, liberalization, and the gender of work time*, in *Social Politics: International Studies in Gender, in State and Society*, 2001, 36-64.
- Nuzzo V., *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, 2018
- Occhino A., *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010.
- Ogriseq C., *Lavoro agile emergenziale tra obblighi di tutela della persona ed esigenze dell'impresa*, in *LLI*, 2021, R. 35-R. 71.
- OIL Commissione mondiale sul futuro del lavoro, *Lavorare per un futuro migliore*, OIL, 2019.
- Open, *Perché in Islanda la settimana lavorativa di quattro giorni è stata un «successo travolgente»*, in *Open*, 8 luglio 2021, www.open.online
- Pang A., *Rest: Why You Get More Done When You Work Less*, Basic books, 2018.
- Parkinson C. Northcote, *La legge di Parkinson*, Bompiani, 1964.

- Pearson-Jones B. - Martin G., *Russian PM says he is looking to bring in a four-day week for the country after seeing how it boosted productivity at New Zealand company that introduced it*, in *Daily mail*, 12 June 2019, www.dailymail.co.uk
- Pega F. e Al., *Global, regional, and national burdens of ischemic heart disease and stroke attributable to exposure to long working hours for 194 countries, 2000-2016. A systematic analysis from the WHO/ILO Joint Estimates of the Work-related Burden of Disease and Injury*, in *Environment international*, 2021, 154, 106595.
- Plunkett J., *Utopian or inevitable? A four-day week is both. A remarkable experiment in Iceland, and 200 years of industrial history, show that longer weekends can make us happier and more productive*, in *Prospect*, 7 luglio 2021, www.prospectmagazine.co.uk
- Ponzellini A.M., *Tempo e lavoro. Una lotta per la libertà e altre storie*, in *Sociologia del lavoro.*, 2021, 249-259.
- Putaturo F.M., *La via francese delle 35 ore al bivio di una riforma*, in *RGL*, 2003, I, 175-200.
- Quan K., *The case for forcing your staff to leave the office at 5. When it comes to encouraging a healthy work-life balance, you can lead by example... or just lock the doors*, in *Canadian Business*, 6 maggio 2015, www.canadianbusiness.com
- QuiFinanza, *Bufera su Brunetta: cosa ha detto sullo smart working nella PA (e come funziona). Pioggia di critiche contro il ministro della Pubblica amministrazione Renato Brunetta per la sua frase sui dipendenti pubblici in lavoro agile*, in *QuiFinanza*, 7 febbraio 2022, www.quifinanza.it
- Rainews, *Occupazione, la ricetta del presidente dell'Inps Tridico: "Meno ore di lavoro a parità di salario"*, in *Rainews*, 10 aprile 2019, www.rainews.it
- Repubblica, *Boeri stronca la riduzione delle ore: "Esperienze del passato disastrose"*, in *Repubblica.it*, 20 aprile 2017, www.repubblica.it
- Reuters, *Fact check Reuters, Fact Check-Finland has not introduced a four-day workweek*, in *Reuters*, 13 gennaio 2022, www.reuters.com
- Reuters, *Russian carmaker AvtoVAZ plans 4-day week for three months from June 6*, in *Reuters*, 25 marzo 2022, www.reuters.com
- Ricci G., *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, 2005.
- Rifkin J., *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era post-mercato*, Baldini & Castoldi, 1995.
- Romei R., *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020, 423-438.
- Russell B., *Elogio dell'ozio*, Tea, 2018.
- Rutherford S., *Are You Going Home Already?*, in *Time and Society*, 2001, 261-276.
- Simpson R., *Presenteeism, power and organizational change: long hours as a career barrier and the impact on the working lives of women managers*, in *British Journal of Management*, 1998, 37-50.
- Siotto F., *Fuga dal tempo misurato: il contratto di lavoro tra subordinazione e lavoro immateriale*, in *RIDL*, 2010, II, 411-453.
- Smith R., *This country works the longest hours in Europe*, in *World economic forum 2018*, www.weforum.org
- Squicciarini M. - Staccioli J., *Labour-Saving Technologies and Employment Levels: are robots really making workers redundant?. Policy papers n. 124*, in OECD Publishing, 2022.
- Strauss M., *Belgium permits four-day week to boost work flexibility post COVID*, in *Reuters*, 15 febbraio 2022, www.reuters.com
- Syal R., *Four-day working week for all is a realistic goal this century, unions say*, in *The Guardian*, 10 settembre 2018, www.theguardian.com
- Testa G., *Perché le donne continuano a guadagnare meno degli uomini*, in *Internazionale*, 6 marzo 2020.
- The Economist, *Economists are revising their views on robots and jobs. There is little evidence of a pandemic-induced surge in automation*, in *The Economist*, 22 gennaio 2022
- The Economist, *Shifting shifts. The tight labour market is making unskilled work more predictable America's biggest retailers are moving away from just-in-time scheduling*, in *The Economist*, 6 dicembre 2018.

- The Moscow Times, *Russia's Labor Ministry Says 4-Day Work Week Would Improve Employees' Lives Despite Costs*, in *The Moscow Times*, 1 ottobre 2019, www.themoscowtimes.com
- Tinti A.R., *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP CSDLE*, It., n. 419/2020.
- Tomisawa A., *Japan's Panasonic Joins Global Trend Toward Four-Day Week. Staff can do side jobs, volunteer on days off: Panasonic CEO. Just over 8% of Japanese firms allow four-day weeks: survey*, in *Bloomberg*, 10 gennaio 2022, www.bloomberg.com
- Topa G. e Al., *Antecedents and consequences of retirement planning and decision-making: a meta-analysis and model*, in *Journal of Vocational Behavior*, 2009, 38-55.
- Treu T., *Intervento*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro, Genova, 4-5 aprile 1986*, Aa.Vv., Giuffrè, 1987, 139-148.
- Tursi A., *Le metamorfosi del tempo di lavoro*, in *DRI*, 2022, 1-12 (dattiloscritto).
- Virtanen M. e Al., *Long working hours and alcohol use: systematic review and meta-analysis of published studies and unpublished individual participant data*, in *BMJ*, 2015, 350, 7772.
- Von Thiele Schwarz U. - Hasson H., *Employee self-rated productivity and objective. Organizational production levels effects of worksite health interventions involving reduced work hours and physical exercise*, in *Journal of Occupational and Environmental Medicine*, 2011, 53, 838-844.
- Williams J.C. e Al., *Stable scheduling increases productivity and sales. The stable scheduling study*, in *Worklife law*, 2018, www.worklifelaw.org.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**El accidentado recorrido hacia la laboralidad
de los *riders* en España.
Análisis de la ley 12/2021**

ANTONIO BAYLOS GRAU
Universidad de Castilla – La Mancha

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695



El accidentado recorrido hacia la laboralidad de los *riders* en España. Análisis de la ley 12/2021

ANTONIO BAYLOS GRAU
Universidad de Castilla – La Mancha
Catedrático de Derecho de Trabajo
Antonio.Baylos@uclm.es

ABSTRACT

The purpose of the contribution is to examine the contents of the Spanish Law n.12/2021.

The Author focuses on the relationship with the Social Agreement on the use of riders at the service of digital platforms, analyzing three specific themes: the qualification of the rider's work, the algorithmic management and the Union's involvement through specific representation rights, collective negotiation without finally neglecting the role of the strike.

Keywords: riders; workers' statute; subordination; right to information; collective bargaining.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14956>

El accidentado recorrido hacia la laboralidad de los *riders* en España.

Análisis de la ley 12/2021

SUMARIO: 1. Digitalización y relación de trabajo: un largo debate. – 2. La calificación jurídica de los trabajadores de reparto de comida mediante plataformas digitales. – 3. El Acuerdo social sobre la laboralidad de los repartidores al servicio de plataformas digitales y su conversión en norma legal: la Ley 12/2021. – 3.1. La declaración de laboralidad de los riders. – 3.2. El derecho de información sobre los algoritmos. – 3.3. Derechos de representación, negociación colectiva y huelga de los riders.

1. Digitalización y relación de trabajo: un largo debate

El convencimiento de que existe una dependencia directa entre el modo de regulación del trabajo y la transformación de las estructuras productivas sugiere el planteamiento de la hipótesis de que los elementos clásicos que definían la inclusión en el ámbito de tutela del Derecho del Trabajo han cambiado sustancialmente. Es decir, que subordinación y autonomía son nociones que se tienen que leer de forma diferente a la que hasta el momento se efectuaba ante la evidencia de la decisiva transformación de los modelos organizativos de la empresa y del trabajo que ha producido la irrupción de la digitalización (Rodríguez Fernández y Pérez del Prado, 2018).

En efecto, como es sabido, la “vocación hegemónica” del prototipo normativo (Romagnoli, 1992) se afirmaría en la legislación laboral hasta las crisis económicas y políticas que marcan el final de siglo pasado y dan inicio al ciclo largo del “iuslaboralismo liberal” en toda la Unión Europea (Mariucci, 2020:22) En medio de un gran debate sobre la definición del modelo como estático o dinámico, entre la declinación del trabajo en singular o en plural (Romagnoli, 1997), se desenfocaron ciertas prestaciones laborales llevadas a cabo por “sujetos débiles” para situarlas sin embargo fuera del espacio de tutela del Derecho del Trabajo. Es una tendencia que se detecta en varios ordenamientos europeos, pero en España esta tendencia legislativa se manifestó fundamentalmente en la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994, con la exclusión del ámbito de aplicación de la norma de los transportistas con vehículo propio⁽¹⁾, aunque su plasmación más compleja se llevaría a cabo en el 2007 con la creación de una categoría intermedia entre el trabajador subordinado y el trabajo autónomo que mantenía la independencia en el plano jurídico pero constataba la

⁽¹⁾ Poniendo fin de esta manera a una tendencia jurisprudencial que expandía a otras categorías la laboralidad de los “mensajeros”, lo que provocó un amplio debate sobre la “huida” del Derecho del Trabajo (Rodríguez Piñero, 1992) y en otras categorías como los agentes comerciales o de seguros. Sobre la exclusión de los transportistas y la STC 227/1998 de 26 de noviembre, que declara la constitucionalidad de la misma, cfr. Suárez Corujo (1999)

subordinación en el plano material económico de un cliente principal⁽²⁾. Se trataba de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE) que regulaba el art. 11 de la Ley del Estatuto de Trabajo Autónomo (LETA).

La normalización de esta figura intermedia podía leerse como una forma de adaptación del prototipo normativo laboral a nuevas profesiones o trabajos, como manifestación de una suerte de apropiación parcial del área del trabajo autónomo mediante el reconocimiento de ciertos derechos laborales limitados (Álvarez del Cuvillo 2008). Pero, por el contrario, podía interpretarse como una forma de establecer una protección más reducida de una serie de actividades caracterizadas por una subordinación material merecedora de su inclusión plena en el área de tutela del Derecho del Trabajo y como una “puerta abierta a la legalización del fraude” (Alarcón Caracuel, 2009). Ambos enfoques se alternaban en los muy numerosos comentarios a esta Ley, cuya efectividad posiblemente quedó reducida ante la irrupción de la crisis financiera a partir del 2009, con el subsiguiente trastorno del marco regulatorio de las relaciones de trabajo en el ciclo de las políticas de austeridad 2010-2012.

Sin embargo, más allá de la escasa efectividad práctica de la figura en el marco del trabajo autónomo⁽³⁾, la consideración por el derecho español de una nueva categoría que rompía la relación binaria entre trabajo subordinado / trabajo autónomo interponiéndose entre ambas va a ser muy importante en el debate posterior sobre el encuadramiento de las nuevas realidades laborales que nacen de la irrupción de la digitalización. La inserción de este amplio fenómeno económico con repercusión inmediata en lo laboral se ha volcado fundamentalmente en el sector del transporte – la *uberización* de la economía como palabra de orden – en el de la entrega de mercancías y en los servicios de cuidados, dentro del horizonte común de lo que se ha venido a definir como *gig economy* en tanto economía digital que marca las transformaciones muy relevantes que han tenido lugar en la organización de la empresa y del trabajo (Trillo Párraga, 2016).

El debate sobre la repercusión en el conjunto del mundo del trabajo de esta nueva revolución industrial ha sido intenso también entre los juristas, prisioneros del dilema de sobredimensionar la envergadura de estos cambios o por el contrario minusvalorarlos sobre la base de considerarlos una nueva variante de la transformación productiva que acentúa

(2) Una categoría que se quiere situar fuera del “ámbito típico” de la relación laboral (Calvo Gallego, 2005) y que se quiere explicar como la consecuencia del “declive” del empleo asalariado (Valdés Alonso, 2008). No obstante, la resolución de los conflictos que pueden plantearse entre los TRADE y el empresario cliente se encomiendan a la legislación laboral (Llorente Sanchez-Arjona, 2009).

(3) Aunque en 2019 el Banco de España calculaba que los TRADE representaban el 12% del colectivo de trabajadores autónomos, lo que términos absolutos, suponían 400.000 profesionales cuyos ingresos dependían en más de un 75% de un solo cliente, el INE reducía esa cifra en la Encuesta de Población Activa a 143.000 personas, y, respecto de los contratos en los que se reconocía formalmente esta condición y estaban registrados como tal en el Servicio Público de Empleo, a tan sólo 10.000 personas sobre un total de 1.500.000 trabajadores autónomos independientes sin trabajadores a su servicio. www.autonomosyempreendedor.es/articulo/actualidad/espana-tiene-mismo-numero-trades-alemania-francia/20190618200820019862.html

elementos ya presentes en el panorama común de la relación de trabajo. El discurso de fondo se movía entre la definición de un cierto neotaylorismo digital que posibilita formas más complejas de coordinación y de desterritorialización de la producción, o un vector de transformación del trabajo que impone un cambio de paradigma en las reglas que lo disciplinaban hasta el momento y que exige por tanto nuevas nociones de los modos de producir, organizar y colaborar. Lo que se planteaba a la postre era la incompatibilidad del prototipo normativo clásico sobre la noción de trabajador con el nuevo horizonte de servicios ofrecido por la digitalización. Señaladamente, ¿el concepto de trabajador que integra el prototipo normativo del art.1.1 ET puede asumir las nuevas figuras que nacen de un contexto tecnológico digital? ¿Cambia la noción de trabajador ante una “nueva autonomía” (Perulli, 2021) que proviene de las nuevas características de la economía digital?

2. La calificación jurídica de los trabajadores de reparto de comida mediante plataformas digitales

El debate sobre la (in)adaptación del modelo de trabajador al que se emplea en la nueva organización digital de la empresa se centra en España en el tratamiento jurídico que debían recibir las personas sobre las que reposaba el enlace entre el proveedor de servicios – la plataforma – y el cliente en el reparto de mercancías, a los que se les conoció como *riders*.

La primera aproximación al tema se efectúa desde la invisibilización de la plataforma como organizadora del proceso de mediación entre el proveedor de la comida y el cliente, que asume el mero papel de intermediario y relega al trabajador que efectúa el servicio al rol principal de un trabajador independiente o autónomo. En este primer paso, el discurso argumentativo no habla de trabajo sino que se desplaza al área del emprendimiento en relación con las nuevas identidades caracterizadas por una mayor libertad individual que acuden a la prestación de su actividad en función de su exclusivo interés personal que se hace compatible con otras muchas capacidades y preferencias vitales. Más que insistir en la definición de esta actividad como propia del trabajo prestado con plena autonomía, con infraestructura y medios propios y con plena libertad, el centro de gravedad se coloca en una descripción del trabajo prestado como ocupación opuesta a la subordinación del trabajo asalariado, una actividad que da libertad y autonomía a los sujetos que la prestan. En definitiva, esta primera aproximación al tema se puede asimilar plenamente a las tendencias que acogen el emprendimiento como una referencia central “con el que nombrar el empleo e imaginar su regulación política” (Serrano Pascual y Fernández Rodríguez, 2018). La relación se califica expresamente como mercantil, con un precio por cada entrega efectivamente realizada, a través de una oferta de servicios en la que se establecen los días y las franjas horarias en las que la empresa puede solicitar sus servicios que se efectúan a través de un dispositivo móvil con conexión de datos y la bicicleta como materiales de

trabajo de su propiedad. El propio trabajador autónomo es responsable directo de cumplir la obligación de solicitar su alta, y en su caso, su afiliación, con la posibilidad de beneficiarse de las medidas de promoción del autoempleo merced a la instauración de la llamada “tarifa plana”, una cuota mensual reducida, de 60 € a partir de 2019, al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)⁽⁴⁾.

Sin embargo, esta perspectiva que entendía la prestación laboral de los repartidores incompatible con las notas caracterizadoras del trabajo asalariado presentes en la legislación laboral, fue objeto de un amplio debate entre los juristas del trabajo con atención recíproca al dato comparado, es decir a las primeras experiencias normativas en Francia y en Italia, y ante todo a las decisiones de los tribunales que en otros países se iban produciendo (Serrano García y Borelli, 2017, Gramano, 2019). En España, la posibilidad de encontrar una figura intermedia entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo autónomo favoreció el desplazamiento de las propuestas hacia la creación de una categoría especial del trabajo autónomo económicamente dependiente, el llamado TRADE digital, que pronto sería el frente común de defensa de las empresas de plataforma de reparto y de una parte de los agentes jurídicos que asumieron su defensa⁽⁵⁾.

Pero más allá del intenso debate doctrinal que recuperaba análisis y reflexiones sobre los temas clásicos en la configuración de la relación de trabajo sometida al derecho laboral, como las nociones de dependencia o subordinación o el criterio de ajenidad en el mercado (Cruz Villalón, 2020, Sanguineti, 2022), la discusión más determinante habría de efectuarse en el terreno judicial. Ante los tribunales de lo social se planteaba la naturaleza de la relación que ligaba al *rider* con la plataforma que lo empleaba, pero a través de dos vías convergentes. De un lado las demandas por despido por desconexión del recadero de la plataforma, de otro las impulsadas por la autoridad laboral en el llamado proceso de oficio en el que el órgano judicial debe resolver si existe la relación laboral que la Inspección de Trabajo ha declarado como base para sancionar a la empresa de plataforma por no haber dado de alta y cotizado por los trabajadores a su servicio, considerados falsos autónomos.

(4) El programa “Nuevos emprendedores” en principio pensado para menores de 30 años, luego ampliado a cualquier edad, establece esta exención actualmente solo para los doce primeros meses. También cabe la reducción de la base de cotización por pluriactividad en el RETA.

(5) El documento de referencia lo elaboró la Asociación Española de la Economía Digital (ADIGITAL, 2019), la asociación empresarial que pertenece a la Junta directiva de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), en el que explica esta propuesta como una forma de reaccionar ante “una situación de riesgo laboral para las empresas ya que la posibilidad de que dicha relación se laboralice está siempre presente, a modo de contingencia global, bien como consecuencia de demandas individuales ante la Jurisdicción Social, bien como consecuencia de actuaciones de la Inspección de Trabajo.” Para estas empresas, la laboralización “no solo alteraría el modelo, sino que también excluiría a muchos trabajadores que precisamente buscan independencia, libertad en la forma y tiempos de prestar el servicio y una forma simple de acceder a ingresos”. Por ello, y buscando la seguridad jurídica, las empresas están trabajando proactivamente en encontrar soluciones que mejoren su seguridad jurídica y su relación con los usuarios de la plataforma, de ahí el encaje en la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE) y la consecución de acuerdos de interés profesional, como la contratación de pólizas de seguro globales con coberturas adicionales para los trabajadores de plataformas”.

De esta manera, tanto los particulares como la autoridad laboral coincidían en la impugnación de la calificación jurídica que se había dado a la prestación de servicios de los *riders* como trabajadores autónomos aunque dependientes económicamente, sobre la base de la presunción de existencia de una relación laboral entre todo aquella persona que presta un servicio “por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otra” a cambio de una remuneración (art. 8.1 ET), sin que por tanto fuera determinante al respecto el nombre o la calificación que las partes hubieran dado a su relación por medio del contrato individual. Mientras que para unos el litigio se centraba en la relación jurídico-contractual para poder deducir de ésta la existencia de un despido improcedente, para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la laboralidad de la relación funcionaba como el presupuesto necesario para poder inferir la obligación de alta y cotización en el régimen general de estas personas, con la consiguiente deuda por impago de cotizaciones sociales.

Planteado en esos términos el debate jurídico (Pérez Rey, 2018), los primeros fallos conocieron un resultado desigual, pero progresivamente, a partir de las decisiones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre los casos Glovo y Deliveroo (Morón Prieto, 2019), la mayoría de las decisiones judiciales se decantaron por la laboralidad de los repartidores al servicio de las plataformas⁽⁶⁾, a través de una doctrina que implicaba una cierta evolución de las notas de dependencia y ajenidad y la reconstrucción del concepto actual del trabajador asalariado mediante la revalorización de la teoría de los indicios (Pérez Capitán, 2019). Una sucesión de sentencias a las que puso punto final la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020 (STS 805/2020) que definitivamente estableció que los *riders* eran trabajadores por cuenta ajena y que por tanto su consideración como trabajadores independientes debía ser considerado como un supuesto de falsos autónomos (Todolí Signes, 2020; Monereo Pérez y Martín Muñoz, 2020). Con ello explícitamente afirmaba la capacidad del ordenamiento laboral de adaptarse a las nuevas realidades organizativas surgidas de la digitalización de los procesos productivos y simultáneamente desbarataba la tesis de la “nueva autonomía” que sostenía la propuesta del TRADE digital como contraria a la realidad de una relación materialmente subordinada a otro que dirigía y organizaba la actividad laboral del reparto⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Cfr. las Sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 17 de enero y 3 de febrero de 2020, las del TSJ de Cataluña, de 21 de febrero, 7 y 12 de mayo y 16 de junio de 2020, y la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 17 de febrero de 2020.

⁽⁷⁾ “La dependencia y la ajenidad son conceptos abstractos que se manifiestan de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de producción y que guardan entre sí una relación estrecha”. La sentencia deduce la existencia de subordinación, entre otros indicios, de la imposición de las condiciones (plazo máximo de entrega, forma de dirigirse a los usuarios, etc.) en que ha de realizarse la prestación (salvo el horario y la ruta por la que se ha de llegar al destino fijado); del control férreo de la prestación a través del algoritmo que asigna los servicios, de la geolocalización constante por GPS y de la valoración del servicio por parte de los clientes y de la facultad que se arroga la plataforma de penalizar o sancionar a los repartidores cuando incumplen las condiciones de prestación, estableciéndose determinadas causas de resolución del contrato (retraso continuado, ofensas verbales o físicas, transgresión de la buena fe contractual, etc.) análogas a las previstas en el art. 54.2 ET. En lo que concierne al requisito de ajenidad, el mismo queda

La STS 805/2020 no detuvo sin embargo la sucesión de nuevas iniciativas derivadas de la ingeniería jurídica de las plataformas de reparto, que procedieron a modificar las condiciones de los contratos concertados con los repartidores de manera que pudieran alegar nuevas condiciones de trabajo diferentes de las que habían dado lugar a la decisión del Tribunal Supremo. No se trataba solo de reinventar elementos que permitieran un nuevo enfoque basado en la autonomía organizativa del trabajador de reparto, sino fundamentalmente imponer el desplazamiento de la carga de la prueba de la laboralidad a los *riders*, que deberían de nuevo iniciar el camino de la impugnación de sus contratos para obtener de los órganos judiciales la condición de trabajadores asalariados.

3. El Acuerdo social sobre la laboralidad de los repartidores al servicio de plataformas digitales y su conversión en norma legal: la Ley 12/2021

A partir de la STS 805/2020 era indiscutible que el trabajo realizado para las plataformas digitales de reparto entraba dentro del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, pero también se instalaba la necesidad de que esta decisión debía asumir la forma general de regulación a través de una norma legal. El gobierno, a través del Ministerio de Trabajo y Economía Social, derivó este cometido al diálogo social tripartito a partir de una mesa de negociación con los sindicatos y las asociaciones empresariales más representativas. Mientras que para la perspectiva sindical era la ocasión para extender esta misma condición de laboralidad a la totalidad de los trabajadores de plataformas y realizar un registro de las mismas, la CEOE pretendía centrar el problema exclusivamente en el supuesto del reparto, mientras mantenía como línea de acción el reconocimiento en el texto legal de un derecho de opción entre la condición laboral o la de trabajador autónomo como la que cada trabajador individual entendiera más favorable a sus intereses.

La negociación, larga y laboriosa, culminó con acuerdo el 11 de marzo del 2021, y con ella se puso fin a la reivindicación por parte de las empresas de plataformas digitales de una regulación propia y diferenciada como autónomo dependiente digital del personal que les presta el servicio de reparto (Rojo Torrecilla, 2021), aunque a cambio, la laboralización de estos trabajadores de plataformas se limitaba a este servicio, sin alcanzar a otros sectores en donde la digitalización había impactado fuertemente. Sin embargo, el acuerdo incluía el reconocimiento de un derecho de información colectivo sobre el algoritmo como un elemento central en la organización del trabajo, la determinación salarial y el registro del tiempo de trabajo que se configuraba como un elemento común a todas las empresas que los utilizaran. El acuerdo logrado tuvo importantes resistencias en el seno del empresariado y fundamentalmente en el *lobby* de las multinacionales que gestionaban las plataformas digitales del reparto, que presionaron fuertemente para la “reconsideración” de algunas

acreditado en cuanto los repartidores no perciben sus honorarios de los clientes sino de la plataforma, que fija el precio de los servicios prestados, la forma de pago y la remuneración. (Ferrando García, 2021).

partes del acuerdo para obtener el derecho de opción individual de los *riders* por el régimen jurídico que les resultara más conveniente, logrando tan sólo que se retrasara tres meses su trasposición normativa.

Ésta se produjo mediante el Real Decreto Ley 9/2021, de 11 de mayo, que a su vez preveía un período de tres meses entre su publicación y la fecha de sus efectos, que de esta manera se proyectaban al mes de agosto del 2021. La norma tuvo una fuerte contestación con apoyo mediático sobre la base de su “rigidez” que debería tener efectos muy negativos sobre el empleo, a la que se unió alguna movilización de trabajadores que reclamaban el derecho a no ser considerados tales. De las dos empresas más afectadas por la acción de la Inspección de Trabajo, una, Glovo, abandonó la CEOE en protesta por el acuerdo y la otra Deliveroo, anunció que abandonaba España. Junto a ello, en el plano político, la norma contó con el voto en contra de PP, Ciudadanos y de Vox, cuyo grupo parlamentario impugnó la norma por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional. El Decreto Ley fue convalidado por el congreso en junio, iniciándose los trámites para su tramitación por el procedimiento de urgencia como proyecto de ley y, en un tiempo corto, se promulgó la Ley 12/2021, de 28 de septiembre que recogía sin cambios el resultado del acuerdo social incorporado a la norma de urgencia.

3.1. La declaración de laboralidad de los *riders*

La norma incide sobre el ET de manera peculiar: No modifica el art. 1.1 ET en su definición del trabajo sometido a la tutela del Derecho del Trabajo, sino que añade una Disposición Adicional vigésimo tercera a dicho texto legal en la que procede a una inclusión constitutiva en la relación laboral de un sector concreto, el de los “servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”. Se trata de un “refuerzo de la laboralidad” frente a la interpretación por la jurisprudencia de los indicios de ajenidad y dependencia, una referencia prácticamente constitutiva del vínculo jurídico laboral que liga a la persona trabajadora con la empresa de plataforma digital (Trillo Párraga, 2021).

En la propia Exposición de Motivos se conecta esta fórmula legal con la necesidad de adaptar los requisitos de dependencia y ajenidad al contexto actual de la digitalización, de forma que, con cita expresa de la STS 805/2020, se recuerda que

«Desde la creación del derecho del trabajo hasta el momento actual hemos asistido a una evolución del requisito de dependencia-subordinación. La sentencia del TS de 11 de mayo de 1979 ya matizó dicha exigencia, explicando que “la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino solo la inserción en el

círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa”. En la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (artículo 3.1 del Código Civil) (FJ 7.º).»

Lo relevante por tanto es que

“las facultades empresariales de dirección, organización o control de la actividad y, en tal sentido, las notas de dependencia y ajenidad, pueden traducirse a la realidad de formas diferentes a las clásicas cuando la empleadora asume los riesgos de la operación y es beneficiaria de sus frutos, realizando una labor de coordinación, organización o control de la prestación u ostentando la potestad sancionadora, y ello aunque sus prerrogativas se manifiesten de forma indirecta o implícita, a través de la gestión algorítmica, de las condiciones de trabajo o del servicio prestado”.

Todo ello conduce por consiguiente a dos consecuencias importantes. Ante todo a la consideración de las personas trabajadoras que realizan este servicio como sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, pero asimismo, de manera paralela, a la conceptualización de las plataformas digitales como empresas que ejercen sus facultades de dirección y control del proceso no sólo a través de la dirección de la prestación laboral sino de la organización del mismo, aunque éste pueda ser efectuado de manera directa, indirecta o implícita, como subraya la norma. Porque “la forma indirecta o implícita de ejercicio de las facultades empresariales” incluye en la misma supuestos de “una cierta flexibilidad o libertad por parte de la persona trabajadora en la ejecución del trabajo”, pero esta autonomía es simulada, porque realmente el poder de dirección repercute directamente “en el mantenimiento de su empleo, en su volumen o en el resto de sus condiciones de trabajo”. Es en esa “configuración asimétrica” de la relación contractual como elemento definitorio de la realidad material del intercambio desigual de prestaciones en la que se basa la acción normativa que quiere, de esta manera garantizar “el efecto útil y protector que corresponde al derecho laboral”. Se debe resaltar que en este esquema de razonamiento, la referencia a una tercera categoría intermedia ha desaparecido, porque toda la explicación reposa sobre la adaptabilidad de las categorías centrales de dependencia y ajenidad a la gestión algorítmica de las condiciones de trabajo y de empleo del personal del mismo.

La presunción de existencia de relación laboral implica el desplazamiento de la carga de la prueba sobre la no laboralidad de la misma a los empresarios, de manera que son éstos quienes deben refutar la condición de trabajadores que se presume legalmente para quienes prestan sus servicios en las plataformas de reparto y entrega de cualquier producto de consumo o mercancía. El desbordamiento que las plataformas digitales llevan a cabo de la noción tradicional de empresa al intentar desvanecer su función como empleadoras, que se acompañaba del recurso generalizado a un empleo informal y precario, en un intento de

borrado de la condición de trabajador del personal que utilizan, se diluye con esta normativa, aunque eso no impedirá que prosigan nuevos tanteos para eludirlos sobre la base de renovadas operaciones de ingeniería legal impulsadas por los asesores de estas empresas.

En efecto, resultará difícil que a través de fórmulas contractuales directas las plataformas eludan la dicción legal sobre sus facultades de heterodirección, control y organización, definidas de manera indirecta o implícita, sobre las personas que trabajan para ellas, pero si puede ser factible la interposición de fórmulas societarias como las cooperativas de trabajo asociado que puedan constituirse en este sector (Baylos Grau, 2021) o mediante mecanismos de subcontratación en las empresas de plataformas digitales en las que la doctrina ha advertido la existencia de las notas caracterizadoras de la cesión ilegal (Esteve Segarra y Todoli Signes, 2021). Todo un reto que presagia que la litigiosidad derivada de la regulación laboral en este sector va a continuar tanto en el plano colectivo como en el judicial, desvelando así la naturaleza estratégica del mismo para la reorganización del tejido cultural e ideológico que vertebró el discurso sobre la digitalización y su supuesta incompatibilidad con un proceso intenso de formalización del trabajo.

3.2. El derecho de información sobre los algoritmos

El Acuerdo tripartito y la norma legal posterior incluía una referencia muy valiosa ante la automatización de la gestión del trabajo y la llamada valoración del desempeño mediante el control del algoritmo por parte del empleador. La opacidad de este modo de control de la prestación del trabajador se une a su presentación autoritaria como elemento inmodificable y objetivo de medición del rendimiento laboral. La Ley 12/2021 introduce este tema en el esquema tradicional de la representación colectiva en la empresa que como se sabe en el ordenamiento español supone la institucionalización de un modelo dual que contiene tanto una representación electiva unitaria – el Comité de Empresa o los Delegados de Personal – como la representación sindical en la empresa a través de las secciones sindicales representativas en la misma.

La exposición de motivos de la norma explica la incorporación de este punto sobre la base de una “reflexión compartida” en la mesa del diálogo social sobre la necesidad de atender a “la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral y la necesidad de que la legislación laboral tuviera en cuenta esta repercusión tanto en los derechos colectivos e individuales de las personas trabajadoras como en la competencia entre las empresas”. Así expresada, la reflexión colectiva de los interlocutores sociales no iría más allá de la genérica referencia que el art. 20 bis ET, introducido por la Disposición Final 13ª de la nueva Ley de Protección de Datos Personales –Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre – que establece el derecho de los trabajadores a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, derechos

que se inscriben realmente en la protección de datos digitales del trabajador configurado como un derecho individual (Goñi Sein, 2021) que puede sintetizarse en un derecho a la “autodeterminación informativa” del trabajador (Fernández Ramírez, 2021) y que el art. 91 de la citada Ley Orgánica 3/2018 extiende de manera ya más genérica a las “garantías adicionales” de los derechos relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y “la salvaguarda” de sus derechos digitales en el ámbito laboral, en una fórmula más amplia (Baylos Grau, 2019).

La relevancia del algoritmo en materia laboral se había puesto de manifiesto en algunos estudios doctrinales en lo referente a su utilización en los procesos de selección de personal, advirtiendo del sesgo de los mismos y la posibilidad de un trato discriminatorio, señalando en todo caso la necesidad de garantizar un principio de transparencia algorítmica de especial interés en este ámbito (Todolí Signes, 2018, Rivas Vallejo, 2020; Alvarez Cuesta, 2020; Valverde Asencio, 2020; Aragüez Valenzuela 2021). La Ley 12/2021 retoma este asunto enfocándolo también hacia el control de los métodos de inteligencia artificial y de gestión algorítmica de las condiciones de trabajo, y lo hace reconociendo un derecho de información a los representantes de los trabajadores en la empresa sobre “los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y el mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles” (art. 64.4 d) ET). No se trata de una norma que sólo se aplique a las empresas y trabajadores del servicio de reparto o distribución de mercancías por plataformas digitales, sino que se prescribe con carácter general, reconociendo la importancia que progresivamente asume la digitalización en los modelos de organización y control del trabajo y en la determinación de las condiciones de trabajo y de empleo de un número creciente de empresas, y desplaza el eje de su intervención al campo de los intereses colectivos y de la representación, electiva o sindical, de las personas que trabajan en las empresas y centros de trabajo.

Esta innovación normativa ha sido valorada positivamente tanto por su originalidad como por su oportunidad (Gómez Gordillo, 2021), puesto que muestra una rápida capacidad de respuesta del ordenamiento a una transformación productiva y organizativa muy extensa. El derecho de información que se reconoce a los órganos de representación electivos y unitarios y, por extensión también a las secciones sindicales representativas y a los delegados sindicales en las grandes empresas supone un deber correlativo de transparencia algorítmica que se debe poder manifestar en un control colectivo tanto previo como posterior a su adopción por la empresa para la selección de personal, evaluación del desempeño o determinación de las condiciones de trabajo y su repercusión en la remuneración o en la distribución del tiempo de trabajo. Hay que tener en cuenta que lo que se viene a conocer como *Algorithmic Management*, refuerza el poder de dirección y de control a través de instrumentos tecnológicos sofisticados de supervisión digital que no sólo facilitan el control disciplinario y la evaluación del desempeño o capacidad profesional de las personas trabajadoras, sino que actúan mediante una inmensa recolección

de datos personales de las personas que trabajan en la empresa encauzando la conducta digital de éstas, con repercusiones evidentes sobre la salud laboral y los riesgos psíquicos, o decisiones relevantes en orden a la contratación y evaluación en el acceso al empleo⁽⁸⁾.

El derecho de los representantes de los trabajadores en la empresa a ser informados ocupa el nivel inferior de los derechos de participación, sin que por consiguiente se haya intentado establecer un deber de iniciar un proceso de consultas sobre este particular, como sucede en supuestos más importantes como la modificación de condiciones de trabajo, traslados de empresa, sucesión de empresas o despidos colectivos, entre los más significativos⁽⁹⁾. Sin embargo, la información en el contexto de los derechos de representación – y de la libertad de acción sindical – se conecta funcionalmente con la capacidad de negociar colectivamente condiciones de trabajo y de empleo y el marco institucional de la organización del trabajo. Aunque la información se restringe en el art. 64 ET a la transmisión de datos por el empresario a los representantes colectivos a fin de que éstos tenga conocimiento de una cuestión determinada, en este caso la existencia de determinados parámetros y reglas que regulan los algoritmos en materia de selección o de gestión de personal, sin que por consiguiente esta facultad implique el derecho a la apertura de un diálogo con el mismo, lo cierto es que el art. 64. 6 ET señala que la información debe facilitarse «en un momento, en una manera y con un contenido apropiado» que permitan a los representantes de los trabajadores “proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe». No se prevé en la norma fecha precisa para evacuar esta información, que debe efectuarse en relación con la finalidad concreta que pretende satisfacer, el conocimiento del funcionamiento del algoritmo, pero debe atenderse la recomendación doctrinal de que no baste con un control “ex post”, sino que debe establecerse éste desde el principio (Todolí Signes, 2018 :88). No hay realmente compartimentos estancos en la graduación de derechos de representación, todos ellos convergen al final en un proceso de negociación, que es en definitiva el fin último al que apunta el precepto reformado por la Ley 12/2021.

Información por tanto requiere transparencia algorítmica, lo que en primer lugar supone el cuestionamiento de la neutralidad de estos parámetros que pueden ser discriminatorios o impeditivos del ejercicio de derechos fundamentales como ya se ha puesto de manifiesto no sólo doctrinal sino también judicialmente en alguna experiencia comparada (Fernández Sánchez, 2021), pero este no es el propósito exclusivo de combatir

⁽⁸⁾ La relación entre tecnología y poder en el trabajo es un tema clásico. Bajo el algoritmo, se oculta una relación desigual de poder y la “decisión algorítmica” es una “nueva vía de expresión” del poder en la empresa (Fischman y Gomes, 2020) o “modalidad oculta” del ejercicio del poder del empleador, en el marco de un férreo respeto a un estándar preconfigurado que no consiente consideraciones o excepciones personales, prevé situaciones, no circunstancias individuales (Lassandari, 2017).

⁽⁹⁾ Sobre el encaje de este nuevo derecho de información en el cuadro de derechos que recoge el Título II del Estatuto de los trabajadores, poco respetuoso con la Directiva-Marco europea sobre derechos e información y consulta del 2002, Gómez Gordillo 2021 : 164-172. También Trillo Párraga, 2021 : 30-33.

la opacidad del algoritmo, que por definición tiende a reducir y simplificar la complejidad de la realidad. Es importante visibilizar los procesos de construcción del algoritmo en la determinación que imponen sobre las condiciones concretas de prestación del trabajo, el impacto sobre las condiciones de empleo, la recogida de datos y su tratamiento estandarizado (Bossu, 2020). Por eso el derecho de información sobre el algoritmo va directamente encaminado a su utilización sindical en el marco de la negociación colectiva. O dicho de otra manera, es evidente la idoneidad de la negociación colectiva para imponer y regular los criterios, reglas e instrucciones de inteligencia artificial que afecten a los procesos de toma de decisiones sobre la organización del trabajo y sus efectos sobre las condiciones de desarrollo de la prestación laboral.

El reconocimiento de este derecho, cuya omisión por parte del empresario es una infracción grave a tenor del art. 7 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), y puede ser objeto de un conflicto colectivo, requiere su utilización efectiva en la práctica sindical negociada. En principio, parecería particularmente encaminado hacia la negociación colectiva de empresa, lo que plantea el problema de la doble legitimación, unitaria y sindical, para la elaboración del convenio colectivo, si bien abre también, en este mismo espacio, la posibilidad de acuerdos informales de empresa. Pero además los convenios sectoriales pueden establecer reglas de carácter general, la adopción de un principio de transparencia y la eliminación de elementos previsiblemente discriminatorios u obstaculizadores del ejercicio de derechos fundamentales, sin perjuicio de posteriores concreciones en el nivel de empresa.

3.3. Derechos de representación, negociación colectiva y huelga de los *riders*

Aunque el reconocimiento del derecho de información y su correlativo principio de transparencia informativa que permita el “contenido apropiado” que facilite y oriente la intervención colectiva de la representación de los trabajadores al respecto tenga un alcance general en el “entramado algorítmico de las empresas” (Fischman y Gomes, 2020), el reconocimiento de la laboralidad de las personas que trabajan para las plataformas digitales en el sector del reparto no sólo lleva consigo el acceso a los derechos individuales plasmados en el Estatuto de los Trabajadores, sino que posibilita que en este mismo sector de desplieguen los derechos colectivos de representación en la empresa, negociación colectiva y huelga como elementos centrales de la condición laboral.

El problema en este sector es doble porque no sólo las formas organizativas colectivas en el mismo se diferencian de las que tradicionalmente se estructuran en otras actividades, en especial a partir del encuadramiento en los sindicatos “clásicos”, sino porque las referencias básicas de la representación institucional prevista en la ley, que se sitúa en el centro de trabajo, no tiene un respaldo material en los términos en los que el art. 1.5 ET se

refiere al mismo, como “unidad productiva con organización específica”, dada de alta ante la autoridad laboral, y son muchas las dificultades para organizar el proceso electoral en los términos que señala el Título II ET. La doctrina laboralista ha propuesto diferentes formas de adaptar la normativa electoral y representativa al sector del reparto de las plataformas digitales que requerirían reformas legislativas que las acomodaran⁽¹⁰⁾, pero el modelo dual de representación en la empresa que caracteriza a nuestro sistema hace que la vía de la representación sindical resulte más adecuada, por su configuración esencialmente autónoma, para enfocar el hecho representativo de las personas que trabajan en esta actividad. Mientras que son más conocidas las aportaciones doctrinales sobre este problema, lo son menos las transformaciones de la estructura interna de los sindicatos y las formas de colaboración con las experiencias organizativas propias del sector como la plataforma reivindicativa *riders x derechos*, que se han plasmado en una serie de actividades de enorme interés, incluido la creación de aplicaciones específicas para los repartidores a efectos de información sindical. En general se puede decir que se da una situación de convivencia entre las formas específicas y autónomas de representación y organización de las personas trabajadoras del reparto al servicio de plataformas digitales y las organizaciones sindicales “clásicas”, con intercambios provechosos entre ambas materializado en acciones conjuntas.

Siendo la representación colectiva y sindical el tema más importante a la hora de precisar los derechos de carácter colectivo, lo cierto es que en gran medida las reflexiones que sobre la vertiente de la regulación jurídica de la representación se llevan a cabo están también dirigidas a facilitar la negociación colectiva en este sector, un hecho que se asocia a la consolidación de la condición formal de trabajadores de quienes desempeñan su actividad en el mismo. Al margen de las posibilidades que se ofrecen, se trata de un terreno en todo inexplorado, tanto en cuanto al ámbito funcional de aplicación, como en lo relativo a los propios contenidos del convenio.

Se plantean, como opciones probables tres, la de un convenio de sector para todas las empresas de plataformas digitales del sector del reparto, la de crear ámbitos funcionales específicos en los convenios del sector (de la logística, o la hostelería), o finalmente, la de establecer convenios de empresa. La situación actual es embrionaria, y aunque se pueden encontrar ejemplos de estas opciones en otras experiencias comparadas europeas, por el momento en España se ha optado por adelantar la vía del acuerdo de empresa. En efecto, el 17 de diciembre de 2021 se ha presentado en público el convenio colectivo entre los sindicatos CCOO y UGT y la empresa *Just Eat* con la intención de que se convierta en el

⁽¹⁰⁾ Recurriendo a fórmulas similares a las previstas en la reforma del ET de 2006 para los trabajadores de las contratas o subcontratas que no tuvieran representación propia, mediante la creación por convenio colectivo de fórmulas de representación ad hoc para los trabajadores que confluyan en un mismo centro de trabajo, o creando y registrando un centro virtual de trabajo para quienes compartan los elementos organizativos que caracterizan al sector (Trillo Párraga, 2021 : 36-37). En la doctrina laboralista, estas doctrinas van en paralelo a una corriente de revisión crítica de los mecanismos de representación electiva en el título II ET. Un enfoque previo a la ley 12/2021 en esta dirección en Garrido Pérez, 2017.

texto de referencia para todo el sector. El contenido del convenio colectivo se centra fundamentalmente en tres puntos: salario, tiempo de trabajo y salud laboral, una aproximación básica a la regulación de los elementos centrales del proyecto contractual de los repartidores de esta empresa. La comparación con otras experiencias europeas sobre las materias que van incorporándose a los primeros convenios colectivos en estos sectores puede resultar también muy útil al respecto para concebir nuevos desarrollos de los contenidos de la negociación (Rodríguez Fernández, 2021:529-532).

En cuanto al derecho de huelga, el sistema español tiene la ventaja de ser extremadamente flexible en cuanto a las formas de organización de la vertiente colectiva del mismo sobre la que reposan las facultades de convocatoria, precisando fundamentalmente la duración y la modalidad de la medida adoptada, de manera que, junto a los sindicatos, la asamblea de trabajadores o formas parasindicales de organización del interés colectivo están legitimadas para poner en marcha esta acción de protesta y reivindicación, que asume la forma específica para los *riders* de la desconexión de la plataforma como manifestación concreta de la “cesación de prestación de servicios” a la que se refiere, como forma típica de hacer huelga, el art. 7 del Decreto Ley de Relaciones de Trabajo (DLRT). Esta posibilidad tiene que ser incorporada al algoritmo que asigna los encargos y organiza el trabajo para que éste diferencie este tipo de desconexión o cancelación de reserva de turno en función de la causa por la que se ha efectuado ésta, sin excluirla del ciclo productivo al elaborar los *rankings* reputacionales de los *riders*, que condicionan de hecho las futuras oportunidades de trabajo y las prioridades de reservas para las entregas. El algoritmo no puede penalizar el ejercicio del derecho de huelga reduciendo futuras ocasiones de acceso al trabajo, porque ello implica una retorsión por el ejercicio del derecho de huelga prohibida por el art. 6.1 DLRT y que se conecta con la preocupación ya expresada sobre la capacidad discriminatoria y vulneradora de los derechos fundamentales del algoritmo “ciego” o “inconsciente” frente a las situaciones generadoras de derechos (Fernández Sánchez, 2021). Ya ha habido experiencias muy instructivas de conflictividad organizada en este sector, como la exitosa huelga de repartidores de supermercados y cocinas propias de Glovo en Barcelona, o previamente en pleno estado de alarma los *riders* de Glovo y Uber Eats por la rebaja salarial. Estas situaciones de conflicto se ven frecuentemente acompañadas a su vez de comportamientos antisindicales de respuesta consistentes en la desconexión unilateral por parte de la plataforma ante la constatación de que se estaban celebrando reuniones entre los *riders* en lugares o espacios no programados y en número no previsto. La normalización de derechos fundamentales para este colectivo permitirá combatir estas actuaciones ilícitas de las empresas propietarias de las plataformas digitales.

La larga marcha de los *riders* desde su total desprotección social y laboral hacia un estatus de formalidad en el reconocimiento de derechos, está alcanzando sus objetivos. Queda ciertamente un largo trecho en la determinación de condiciones de trabajo y empleo dignas y suficientes, pero sin duda los avances en esta materia han sido muy importantes.

Referencias bibliográficas

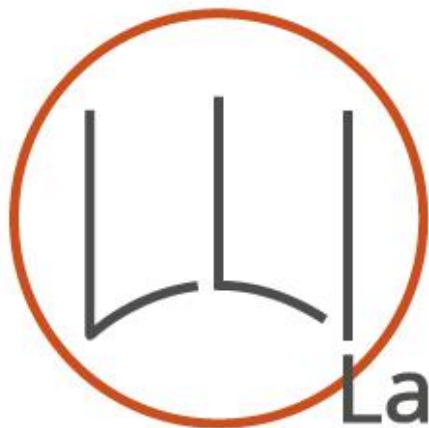
- ADIGITAL, *Propuesta normativa en materia de trabajo en plataformas digitales*, <https://www.adigital.org/media/propuesta-regulatoria-plataformas-digitales.pdf>
- Alarcón Caracuel, M., *Aspectos críticos del Estatuto del Trabajador Autónomo*, en Agustí Juliá, J. y Pumar Beltrán, N. (Coords), *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras*, Bomarzo, Albacete, 2009, 109-129.
- Álvarez Cuesta H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.
- Álvarez del Cuvillo A., *El régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente*, en Cruz Villalón, J. y Valdés Dal-Re, F. (Dir.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo, La Ley* / Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, 237- 290.
- Aragüez Valenzuela L., *Los algoritmos digitales en el trabajo. Brechas y sesgos*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo*, 2021, 9 (4), 119-146.
- Baylos Grau A., *Il ruolo della contrattazione collettiva nella legge sulla protezione dei dati personali e la garanzia dei diritti digitali in Spagna*, en *Labour & Law Issues*, 2019, vol. 5, C.1 ss.
- Baylos Grau, A., *Una breve nota sulla legge spagnola in tema di lavoro dei riders* en *Labour & Law Issues*, 2021, vol. 7, 1, C.I ss.
- Bossu B., *Gestion par algorithme du personnel et exigence de loyauté et de transparence*, en Adam, P., Le Friant, M. y Tarasewicz, Y. (Dir.), *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et Droit du Travail*, Dalloz, Paris, 2020, 115-119.
- Calvo Gallego F.J., *Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación*, en *Temas Laborales*, 2005, 81, 41-78.
- Cruz Villalón, J., *El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de trabajo. Un debate global desde la perspectiva española*, en *Labour & Law Issues*, 2020, 6, 2, C.1 ss.
- Esteve Segarra A. - Todolí Signes A., *Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataforma digital*, en *Revista de Derecho Social*, 2021, 95, 37-64.
- Fernández Ramírez M., *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa 'neopanóptica'*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.
- Fernández Sánchez S., *Análisis de actualidad. Frank, el algoritmo consciente de Deliveroo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Bolonia 2949/2020, de 31 de diciembre*, en *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2021, 457 ss.
- Ferrando García F., "Algunas reflexiones sobre la regulación del trabajo a través de plataformas digitales", Net21, en <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/ALGUNAS-REFLEXIONES-SOBRE-LA-REGULACION-DEL-TRABAJO-A-TRAVES-DE-PLATAFORMAS-DIGITALES.pdf>
- Fischman S. - Gomes B., *Intelligences artificielles et droit du travail: contribution à l'étude des plateformes numériques*, en Adam, P., Le Friant, M. y Tarasewicz, Y. (Dir.), *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et Droit du Travail*, Dalloz, Paris, 2020, 37- 54.
- Garrido Pérez E., *La representación de trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, en *Revista de Derecho Social*, 2017, 80, 209-232.
- Gómez Gordillo R., *Algoritmos y derecho de información de las personas trabajadoras*, en *Temas Laborales*, 2021, 157: 161-182.
- Goñi Sein, J.L., *El impacto de las nuevas tecnologías disruptivas sobre los derechos de privacidad (intimidad y "extimidad") del trabajador*, en *Revista de Derecho Social*, 2021, 93, 25-66
- Gramano E., *Contribución al debate sobre trabajo y gig-economy a la luz del ordenamiento jurídico italiano*, en *Revista de Derecho Social*, 2019, 85, 213-232.

- Jeammaud A., *El derecho del trabajo francés entre reforma y cambio*, en *Revista de Derecho Social*, 2021, 95, 199-250.
- Lassandari A., *Problemi di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che utilizzano le tecnologie digitali*, en *Riv. Giur. Lav.*, 2017, 2, 59-70
- Llorente Sánchez-Arjona M., *La tutela judicial de los TRADE. Un estudio dela atribución de la competencia a la jurisdicción social*, en *Temas Laborales*, 2009, 102, 157-186.
- Mariucci L., *Iuslaboralismo y sindicatos en la era del ocaso del neoliberalismo*, en *Revista de Derecho Social*, 2020, 92, 21-40.
- Monereo Pérez J.L. - Martín Muñoz R.M., *La laboralidad de quienes prestan servicios a través de plataformas digitales*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, 9.
- Morón Prieto R., *El necesario fortalecimiento del concepto de trabajador por cuenta ajena: algunas reflexiones con ocasión del "caso Glovo"*, en *Revista de Derecho Social*, 2019, 88, 153-165.
- Pérez Capitán L., *La controvertida delimitación del trabajo autónomo y asalariado. El TRADE y el trabajo en las plataformas digitales*, Aranzadi /Thomson Reuters, Cizur Menor., 2019.
- Pérez Rey J., *¿Son los «riders» trabajadores? Comentario a los primeros escarceos judiciales en torno a las identidades débiles de la economía «uberizada»*, en *Actum social*, 2018, 141, 20-27.
- Perulli A., *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del Diritto del Lavoro*, Giapichelli, Torino, 2021.
- Rivas Vallejo P., *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.
- Rodríguez Fernández M.L.; Pérez del Prado D., *El impacto de la economía 4.0 sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso en dos empresas de base tecnológica en Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2018, 36, 2), 355-372.
- Rodríguez Fernández M.L., *La negociación colectiva en las plataformas digitales*, en Cruz, J., González-Posada, E., Molero, M.L. (Dirs), Lahera, J. y Murcia, A. (Coords), *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Re*, Bomarzo, Albacete, 2021, 521-537.
- Rodriguez-Piñero M., *La huida del Derecho del Trabajo*, en *Relaciones Laborales*, 1992, 1, 85-94.
- Rojo Torrecilla E., *La laboralidad de los repartidores. Un buen acuerdo en el diálogo social*, Net21, <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/La-laboralidad-de-los-repartidores-EDUARDO-ROJO.pdf>
- Romagnoli U., *La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1992, 1, 15-32.
- Romagnoli U., *Del trabajo declinado en singular a los trabajos en plural*, en *Relaciones Laborales*, 1997, 1, 153-162.
- Sanguineti W., *El test de laboralidad y la dialéctica de los indicios de subordinación y autonomía* en *Revista de Derecho Social*, 2022, 97, 15-39.
- Serrano García J. - Borelli S., *El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economía digital*, en *Revista de Derecho Social*, 2017, 80, 233 – 266.
- Serrano Pascual A. - Fernández Rodríguez C.J., *De la metáfora del mercado a la sinécdoque del emprendedor: la reconfiguración política del modelo referencial de trabajador* en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2018, 36, 2, 207-224.
- Suárez Corujo B., *La controvertida figura de los transportistas con vehículo propio y su exclusión del ordenamiento laboral*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1999, 94, 251-280.
- Todoí Signes A., *La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y derechos colectivos*, en *Revista de Derecho Social*, 2018, 84, 69-88.
- Todoí Signes A., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo español que considera a los Riders empleados laborales*, en *Labour & Law Issues*, 2020, vol. 6, 2.
- Trillo Párraga F.J., *Economía digitalizada y relaciones de trabajo*, en *Revista de Derecho Social*, 2016, 76, 59-82.
- Trillo Párraga F.J., *La 'Ley Rider' o El arte de volver*, en *Revista de Derecho Social*, 2021, 94, 19-38.

A. BAYLOS GRAU, *El accidentato recorrido hacia la laboralidad de los riders en España*

Valdés Alonso A., *El concepto de trabajador autónomo económicamente dependiente*, en Cruz Villalón, J. y Valdés Dal-Re, F. (Dir.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo, La Ley / Wolters Kluwer*, Las Rozas, 2008, 197 – 235.

Valverde Asencio, A.J., *Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2020.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**L'accidentato viaggio dei *riders* in Spagna.
Analisi della legge n. 12/2021.**

ANTONIO BAYLOS GRAU
Universidad de Castilla – La Mancha

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695



L'accidentato viaggio dei *riders* in Spagna. Analisi della legge n. 12/2021

ANTONIO BAYLOS GRAU
Universidad de Castilla – La Mancha
Catedrático de Derecho de Trabajo
Antonio.Baylos@uclm.es

ABSTRACT

The purpose of the contribution is to examine the contents of the Spanish Law n.12/2021.

The Author focuses on the relationship with the Social Agreement on the use of riders at the service of digital platforms, analyzing three specific themes: the qualification of the rider's work, the algorithmic management and the Union's involvement through specific representation rights, collective negotiation without finally neglecting the role of the strike.

Keywords: riders; workers' statute; subordination; right to information; collective bargaining.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14956>

L'accidentato viaggio dei *riders* in Spagna.

Analisi della legge n. 12/2021⁽¹⁾

SOMMARIO: 1. Digitalizzazione e rapporto di lavoro: un lungo dibattito. – 2. La qualificazione giuridica del lavoro attraverso piattaforme digitali nel settore del *food delivery*. – 3. L'Accordo sociale sull'impiego di corrieri al servizio delle piattaforme digitali e la sua conversione in norma giuridica: la Legge n. 12/2021. – 3.1. Sull'assunzione del *rider*. – 3.2. Il diritto di informazione in relazione agli algoritmi. – 3.3. Diritti di rappresentanza, negoziazione collettiva e sciopero dei *riders*.

1. Digitalizzazione e rapporto di lavoro: un lungo dibattito

La convinzione che esista una dipendenza diretta tra il modo di regolazione del lavoro e la trasformazione delle strutture produttive suggerisce l'ipotesi che gli elementi classici che definivano l'inclusione nell'ambito di tutela del diritto del lavoro siano cambiati sostanzialmente. Cioè, subordinazione e autonomia sono nozioni che devono essere lette in modo diverso da quella che fino ad ora è stata proposta a fronte della decisiva trasformazione dei modelli organizzativi dell'azienda e del lavoro che ha prodotto l'irruzione della digitalizzazione (Rodríguez Fernández e Pérez del Prado, 2018).

Infatti, come è noto, la "vocazione egemonica" del prototipo normativo (Romagnoli, 1992) si è affermata nella legislazione del lavoro fino alle crisi economiche e politiche che segnano la fine del secolo scorso, iniziando il lungo ciclo di "iuslaboralismo liberale" in tutta l'Unione Europea (Mariucci, 2020:22) Nel bel mezzo di un grande dibattito sulla definizione del modello come statico o dinamico, tra il declino del lavoro al singolare o al plurale (Romagnoli, 1997), alcune prestazioni lavorative svolte da "soggetti deboli" sono state offuscate per essere collocate al di fuori dello spazio di tutela del Diritto del Lavoro. Questa tendenza è una tendenza che viene rilevata in diversi ordinamenti europei, in Spagna si è manifestata principalmente nella riforma dello Statuto dei lavoratori del 1994, con l'esclusione dal campo di applicazione della disciplina dei vettori con proprio veicolo⁽²⁾, anche se la sua incarnazione più complessa sembra farsi risalire al 2007 con la creazione di una categoria intermedia tra il lavoratore subordinato e quello autonomo che ha mantenuto l'indipendenza a livello giuridico, ma ha rilevato la subordinazione sul livello economico materiale di un cliente principale⁽³⁾. Il riferimento è

⁽¹⁾ La traduzione è a cura della Redazione.

⁽²⁾ Ponendo così fine a una tendenza giurisprudenziale che ha provocato un ampio dibattito sulla "fuga" del diritto del lavoro (Rodríguez Piñero, 1992) al pari di altre categorie come agenti commerciali o assicurativi. Sull'esclusione dei vettori e STC 227/1998 del 26 novembre, che lo dichiara costituzionale, cfr Suárez Corujo (1999).

⁽³⁾ Una categoria che vogliamo collocare al di fuori del "perimetro tipico" del rapporto di lavoro (Calvo Gallego, 2005) e che vogliamo spiegare come conseguenza del "declino" del lavoro salariato

alla figura del lavoratore autonomo economicamente dipendente (TRADE) regolata dall'articolo 11 della legge sullo statuto del lavoro autonomo (LETA).

La normalizzazione di questa figura intermedia potrebbe essere letta come un modo per adattare il prototipo normativo del lavoro a nuove professioni o lavori, come manifestazione di una sorta di appropriazione parziale dell'area del lavoro autonomo attraverso il riconoscimento di alcuni diritti limitati del lavoro (Álvarez del Cuviello 2008). O, al contrario, potrebbe essere interpretato come un modo per stabilire una protezione minore di una serie di attività caratterizzate da una subordinazione materiale meritevole della loro piena inclusione nell'area della protezione del diritto del lavoro e come una "porta aperta alla legalizzazione della frode" (Alarcón Caracuel, 2009). Entrambi gli approcci si sono alternati nei numerosissimi commenti a questa Legge, la cui efficacia è stata forse ridotta dall'irruzione della crisi finanziaria a partire dal 2009, che ha impattato sul quadro normativo dei rapporti di lavoro nel ciclo delle politiche di austerità 2010-2012.

Tuttavia, al di là della scarsa efficacia pratica della figura nel quadro del lavoro autonomo⁽⁴⁾, la considerazione da parte della legge spagnola di una nuova categoria che ha rotto il rapporto binario tra lavoro subordinato / lavoro autonomo si è rivelata molto importante nel successivo dibattito sull'inquadramento delle nuove realtà lavorative che nascono dall'irruzione della digitalizzazione. L'inserimento di questo ampio fenomeno economico con ripercussioni immediate sul lavoro si è trasformato principalmente nel settore dei trasporti – *l'uberizzazione* dell'economia come parola d'ordine – nella fornitura di beni e servizi di cura, all'interno dell'orizzonte comune di quella che è venuta a definirsi *gig economy*, ovvero un'economia digitale che segna le trasformazioni molto rilevanti che hanno avuto luogo nell'organizzazione dell'azienda e del lavoro (Trillo Párraga, 2016).

Il dibattito sull'impatto di questa nuova rivoluzione industriale sul mondo del lavoro nel suo complesso è stato intenso anche tra i giuristi, prigionieri del dilemma di sopravvalutare l'entità di questi cambiamenti o al contrario di sottovalutarli come nuova variante della trasformazione produttiva che accentua elementi già presenti nel panorama comune del rapporto di lavoro. Il discorso sottostante si è mosso tra la definizione di un certo neotaylorismo digitale che abilita forme più complesse di coordinamento e deterritorializzazione della produzione, ovvero un vettore di trasformazione del lavoro che impone un cambio di paradigma nelle regole che lo hanno disciplinato fino ad ora e che quindi richiede nuove nozioni relativamente ai modi di produrre, organizzare e

(Valdés Alonso, 2008). Tuttavia, la risoluzione dei conflitti che possono sorgere tra il TRADE e il datore di lavoro cliente è affidata alla legislazione del lavoro (Llorente Sanchez-Arjona, 2009).

(⁴) Sebbene nel 2019 la Banca di Spagna abbia calcolato che il TRADE rappresentava il 12% del gruppo di lavoratori autonomi, il che in termini assoluti, significava 400.000 professionisti il cui reddito dipendeva da oltre il 75% di un singolo cliente, l'INE ha ridotto tale cifra nell'indagine sulla popolazione attiva a 143.000 persone e, rispetto ai contratti in cui questa condizione è stata formalmente riconosciuta e sono stati registrati come tali dal Servicio Público de Empleo, a sole 10.000 persone su un totale di 1.500.000 lavoratori autonomi senza lavoratori al loro servizio. Cfr. www.autonomosyempreendedor.es/articulo/actualidad/espana-tiene-mismo-numero-trades-alemania-francia/20190618200820019862.html

collaborare. Ciò che alla fine è stato sottolineato è stata l'incompatibilità del classico prototipo normativo sulla nozione di lavoratore con il nuovo orizzonte dei servizi offerti dalla digitalizzazione. In particolare, il concetto di lavoratore che integra il prototipo normativo dell'art.1.1 ET può costituire un parametro di riferimento per le nuove figure che nascono da un contesto tecnologico digitale? La nozione di lavoratore cambia di fronte a una "nuova autonomia" (Perulli, 2021) che deriva dalle nuove caratteristiche dell'economia digitale?

2. La qualificazione giuridica del lavoro attraverso piattaforme digitali nel settore del *food delivery*

Il dibattito sull'(in)adattamento del modello del lavoratore a quello utilizzato nella nuova organizzazione digitale dell'azienda si concentra in Spagna sul trattamento giuridico del *rider* a fronte d'un rapporto nel quale intervengono il fornitore di servizi – la piattaforma – e il cliente nella distribuzione dei beni.

Il primo approccio al tema parte dall'invisibilità della piattaforma come organizzatore del processo di mediazione tra il fornitore di alimenti e il cliente, che assume il mero ruolo di intermediario e relega il lavoratore che svolge il servizio al ruolo principale di lavoratore indipendente o autonomo. Il discorso argomentativo non parla di lavoro ma si sposta nell'area dell'imprenditorialità a fronte di nuove identità caratterizzate da una maggiore libertà individuale e dalla fornitura della propria attività in base all'esclusivo interesse personale che diventa compatibile con molte altre capacità e preferenze vitali. Piuttosto che insistere sulla definizione di questa attività come propria del lavoro fornito in piena autonomia, con infrastrutture e mezzi propri e con piena libertà, il baricentro si pone in una descrizione del lavoro fornito come occupazione opposta alla subordinazione del lavoro salariato, un'attività che dà libertà e autonomia ai soggetti che lo forniscono. In definitiva, questo primo approccio al tema può essere pienamente assimilato alle tendenze che abbracciano l'imprenditorialità come riferimento centrale «con cui nominare l'occupazione e immaginarne la regolamentazione politica» (Serrano Pascual e Fernández Rodríguez, 2018). Il rapporto è espressamente qualificato come commerciale, con un prezzo per ogni consegna effettivamente effettuata, attraverso un'offerta di servizi stabilendo i giorni e le fasce orarie in cui l'azienda può richiedere i propri servizi che vengono effettuati attraverso un dispositivo mobile con connessione dati e la bicicletta come materiali di lavoro di sua proprietà. Il lavoratore autonomo stesso è direttamente responsabile dell'adempimento dell'obbligo di richiedere la sua iscrizione e, se del caso, la sua affiliazione, con la possibilità di beneficiare delle misure per promuovere il lavoro autonomo grazie all'istituzione del cosiddetto "tasso forfettario", un

canone mensile ridotto, di € 60 dal 2019, al Regime Speciale per i Lavoratori Autonomi (RETA)⁽⁵⁾.

Questa prospettiva è stata oggetto di un ampio dibattito tra gli avvocati del lavoro con reciproca attenzione alla comparazione, in specie alle prime esperienze normative in Francia e in Italia, e soprattutto al relativo quadro giurisprudenziale (Serrano García e Borelli, 2017, Gramano, 2019). In Spagna, la possibilità di trovare una figura intermedia tra lavoro dipendente e lavoro autonomo ha favorito lo spostamento delle proposte verso la creazione di una categoria speciale di lavoro autonomo economicamente dipendente, il cosiddetto Trade digitale, fronte comune di difesa delle aziende della piattaforma di distribuzione e di una parte dei legali che ne hanno assunto la difesa⁶.

Ma al di là dell'intenso dibattito dottrinale alimentato dalle questioni classiche nella configurazione del rapporto di lavoro soggetto al diritto del lavoro, come le nozioni di dipendenza o subordinazione o il criterio di alienità nel mercato (Cruz Villalón, 2020, Sanguinetti, 2022), la discussione più decisiva è stata svolta in campo giudiziario. Davanti ai Tribunali, la natura del rapporto con la piattaforma è stata sollevata, ma attraverso due modi convergenti. Da un lato vengono in rilievo le richieste di licenziamento per disconnessione dalla piattaforma, dall'altro quelle promosse dall'autorità del lavoro nel cosiddetto processo d'ufficio in cui l'organo giudiziario deve deliberare se esiste il rapporto di lavoro che l'Ispettorato del Lavoro ha individuato per sanzionare la società della piattaforma nel caso di falso lavoro autonomo.

In questo modo, sia i singoli sia l'autorità del lavoro hanno concordato sulla contestazione della classificazione giuridica che era stata data alla prestazione dei *rider* come lavoratori autonomi anche se economicamente dipendenti, sulla base della presunzione di esistenza di un rapporto di lavoro tra qualsiasi persona che fornisce un servizio "per conto e nell'ambito dell'organizzazione e della gestione di un altro" in cambio di una retribuzione (art. 8.1 ET), senza quindi determinare al riguardo il nome o la qualifica che le parti hanno dato al loro rapporto attraverso il singolo contratto. Mentre per alcuni il contenzioso si è concentrato sul rapporto giuridico-contrattuale per poterne

⁽⁵⁾ Il programma "Nuovi imprenditori" in linea di principio pensato per i soggetti sotto i 30 anni, poi esteso a qualsiasi età, stabilisce questa esenzione attualmente solo per i primi dodici mesi. È anche possibile ridurre la base contributiva per la multiattività nel RETA.

⁽⁶⁾ Il documento di riferimento è stato preparato dalla Associazione spagnola dell'economia digitale (ADIGITAL, 2019), l'associazione imprenditoriale che fa parte del Consiglio di Amministrazione della Confederazione spagnola di Organizzazioni Azienda (CEOE) la quale spiega questa proposta come un modo per reagire a «una situazione di rischio professionale per le imprese a partire dalla possibilità che questo rapporto di lavoro è sempre presente, come contigenza globale, sia a seguito di rivendicazioni individuali dinanzi alla Giurisdizione Sociale, sia a seguito di azioni dell'Ispettorato del Lavoro.» Per queste aziende, la lavorazione "non solo modificherebbe il modello, ma escluderebbe anche molti lavoratori che cercano appunto l'indipendenza, la libertà nel modo e nei tempi di erogazione del servizio e un modo semplice per accedere al reddito». Per questo motivo, e cercando la certezza del diritto", le aziende stanno lavorando in modo proattivo per trovare soluzioni che migliorino la loro sicurezza giuridica e il loro rapporto con gli utenti della piattaforma, da qui l'inserimento nella figura del lavoratore autonomo economicamente dipendente (TRADE) e la stipulazione di accordi di interesse professionale, come la contrattazione di polizze assicurative globali con copertura aggiuntiva per i lavoratori della piattaforma".

dedurre l'esistenza di un licenziamento ingiusto, per l'Ispettorato del Lavoro e della Previdenza Sociale ha assunto rilievo il bisogno di dedurre l'obbligo di iscrizione e contribuzione nel regime generale di queste persone, con il conseguente pagamento delle spettanze dovute in termini di contributi sociali.

Sullo sfondo di questo dibattito giuridico (Pérez Rey, 2018), le prime sentenze hanno conosciuto un risultato non omogeneo, ma progressivamente, a partire dalle decisioni della Corte Superiore di Giustizia di Madrid sui casi Glovo e Deliveroo (Morón Prieto, 2019), la maggior parte delle decisioni giudiziarie ha optato per il lavoro dei corrieri al servizio delle piattaforme⁷, accreditando una dottrina che implicava una certa evoluzione delle note di dipendenza e alienità e la ricostruzione dell'attuale concetto di lavoratore salariato attraverso la rivalutazione della teoria delle indicazioni (Pérez Capitán, 2019). Una successione di sentenze al quale la sentenza della Camera sociale della Corte suprema del 25 settembre 2020 (STS 805/2020) ha posto fine, stabilendo che *i rider* sono lavoratori dipendenti e che quindi la loro considerazione come lavoratori indipendenti dovrebbe essere considerata come un caso di falso lavoratore autonomo (Todolí Signes, 2020; Monereo Pérez e Martín Muñoz, 2020). Con ciò è stata affermata esplicitamente la capacità del sistema del lavoro di adattarsi alle nuove realtà organizzative derivanti dalla digitalizzazione dei processi produttivi e contemporaneamente è stata travolta la tesi della "nuova autonomia" che sosteneva la proposta del TRADE digitale in quanto contraria alla realtà di un rapporto materialmente subordinato ad un altro che dirigeva e organizzava l'attività lavorativa della distribuzione⁽⁸⁾.

La STS 805/2020 non ha però fermato il susseguirsi di nuove iniziative derivate dall'ingegneria giuridica delle piattaforme di consegna, che hanno proceduto a modificare le condizioni dei contratti conclusi con i corrieri affinché potessero pretendere nuove condizioni di lavoro diverse da quelle che avevano dato luogo alla decisione della Suprema Corte. Non si trattava solo di reinventare elementi idonei a consentire un nuovo approccio basato sull'autonomia organizzativa del fattorino, ma di imporre fondamentalmente lo spostamento dell'onere della prova della lavorazione ai *rider*

(7) Cfr. le sentenze della Camera Sociale del TSJ di Madrid, del 17 gennaio e del 3 febbraio 2020, quelle del TSJ della Catalogna, del 21 febbraio, 7 e 12 maggio e 16 giugno 2020, e quella della Corte Superiore di Giustizia di Castilla y León, del 17 febbraio 2020.

(8) «Dipendenza e alienità sono concetti astratti che si manifestano in modo diverso a seconda dell'attività e del modo di produzione e che sono strettamente correlati tra loro». La sentenza deduce l'esistenza di subordinazione, tra le altre indicazioni, dall'imposizione delle condizioni (termine massimo di consegna, modo di rivolgersi agli utenti, ecc.) in cui il servizio deve essere eseguito (ad eccezione dell'orario e del percorso attraverso il quale deve essere raggiunta la destinazione fissa); dal controllo ferreo della fornitura attraverso l'algoritmo che assegna i servizi, della costante geolocalizzazione tramite GPS e dalla valutazione del servizio da parte dei clienti e della facoltà che la piattaforma si arroga di penalizzare o sanzionare i distributori quando non rispettano le condizioni di fornitura, stabilendo alcune cause di risoluzione del contratto (ritardo continuo, reati verbali o fisici, violazione della buona fede contrattuale, ecc.) analoghi a quelli di cui all'articolo 54.2 ET. Per quanto riguarda il requisito di alienità, è dimostrato nella misura in cui i corrieri non ricevono le loro commissioni dai clienti ma dalla piattaforma, che stabilisce il prezzo dei servizi forniti, la forma di pagamento e la remunerazione. (Ferrando Garcia, 2021).

avviandoli ad un percorso di contestazione dei loro contratti per ottenere dagli organi giudiziari lo *status* di lavoratori salariati.

3. L'Accordo sociale sull'impiego di corrieri al servizio delle piattaforme digitali e la sua conversione in norma giuridica: la Legge n. 12/2021

A partire dalla STS 805/2020 - era indiscutibile - il lavoro svolto per le piattaforme di consegna digitale rientrava nell'ambito di applicazione del diritto del lavoro, ma è stato anche ipotizzato che questa decisione assumesse la forma generale di regolamentazione attraverso una norma legale. Il Governo, attraverso il Ministero del Lavoro e dell'Economia Sociale, ha rinviato questo compito al dialogo sociale trilaterale nell'ambito di un tavolo negoziale con i sindacati e le associazioni imprenditoriali più rappresentative. Mentre per la prospettiva sindacale è stata l'occasione per estendere questa stessa condizione di lavoro a tutti i lavoratori delle piattaforme e farne un registro, la CEOE ha inteso focalizzare il problema esclusivamente sull'assunzione, pur mantenendo come linea di azione il riconoscimento nel testo normativo di un diritto nella scelta tra la condizione di lavoro o quella di lavoratore autonomo in base a quanto ritenuto da ogni singolo lavoratore più favorevole ai propri interessi.

La trattativa, lunga e laboriosa, è culminata nell'Accordo l'11 marzo 2021, e con esso si è conclusa la rivendicazione da parte delle società di piattaforme digitali di una propria e differenziata regolamentazione come lavoratore autonomo dipendente digitale in relazione al personale che fornisce il servizio di consegna (Rojo Torrecilla, 2021), pur senza raggiungere altri settori in cui la digitalizzazione aveva avuto un forte impatto. L'Accordo includeva il riconoscimento di un diritto collettivo all'informazione sull'algoritmo come elemento centrale nell'organizzazione del lavoro, nella determinazione del salario e nella registrazione dell'orario di lavoro che si configurava come un elemento comune a tutte le aziende che li utilizzavano. L'accordo raggiunto ha avuto notevoli resistenze all'interno della comunità imprenditoriale e principalmente nella *lobby* delle multinazionali che gestivano le piattaforme di distribuzione digitale, che hanno fortemente insistito per la "riconsiderazione" di alcune parti dell'Accordo per ottenere il diritto di opzione individuale dei *rider* per il regime legale che era più conveniente per loro, ottenendo solo che il suo recepimento normativo è stato ritardato di tre mesi.

Questo è stato prodotto dal regio decreto legge 9/2021, dell'11 maggio, che a sua volta ha previsto un periodo di tre mesi tra la sua pubblicazione e la data di produzione dei relativi effetti, che in questo modo sono stati posticipati al mese di agosto 2021. La norma ha avuto una forte eco con il supporto dei media sulla base di "rigidità" derivanti dagli effetti molto negativi sull'occupazione, a cui si è aggiunta una certa mobilitazione dei lavoratori che hanno rivendicato il diritto di non essere considerati tali. Delle due società più colpite dall'azione dell'ispettorato del lavoro, una, Glovo, ha lasciato il CEOE in

segno di protesta contro l'accordo e l'altra, Deliveroo, ha annunciato di lasciare la Spagna. Insieme a questo, a livello politico, la norma ha avuto il voto contro di PP, Ciudadanos e Vox, il cui gruppo parlamentare ha contestato la norma come incostituzionale davanti alla Corte costituzionale. Il decreto legge è stato convalidato dal Congresso a giugno, avviando le procedure per il suo trattamento con procedura d'urgenza come disegno di legge e, in breve tempo, è stata promulgata la legge 12 del 28 settembre 2021, che ha incluso senza modifiche il risultato dell'Accordo sociale incorporato nella legislazione d'urgenza.

3.1. Sull'assunzione del *rider*

La norma incide sull'ET in modo peculiare: non modifica l'articolo 1.1 ET nella sua definizione del lavoro soggetto alla tutela del Diritto del Lavoro, ma aggiunge una Disposizione Aggiuntiva, la ventitreesima, che si occupa della costituzione del rapporto di lavoro all'interno di uno specifico settore, quello dei «servizi remunerati consistenti nella distribuzione di qualsiasi prodotto o merce di consumo da parte di datori di lavoro che esercitano i poteri aziendali di organizzazione, direzione e controllo direttamente, indirettamente o implicitamente, attraverso la gestione algoritmica del servizio o delle condizioni di lavoro, attraverso una piattaforma digitale». È un "rafforzamento del lavoro" rispetto all'interpretazione da parte della giurisprudenza delle indicazioni di alienità e dipendenza, un riferimento praticamente costitutivo del legame per via legislativa del lavoro che collega il lavoratore con la società della piattaforma digitale (Trillo Párraga, 2021).

Nella stessa motivazione, questa formula giuridica è connessa alla necessità di adeguare le esigenze di dipendenza e alienità all'attuale contesto della digitalizzazione, in modo che, con espressa citazione della STS 805/2020, si ricordi che

«Dalla creazione del diritto del lavoro fino ad oggi abbiamo assistito a un'evoluzione del requisito di dipendenza-subordinazione. La sentenza della Corte suprema dell'11 maggio 1979 già qualificava questo requisito, spiegando che «la dipendenza non implica una subordinazione assoluta, ma solo l'inserimento nella cerchia governativa, organizzativa e disciplinare dell'azienda». Nella società post-industriale, la nota di dipendenza è diventata più flessibile. Le innovazioni tecnologiche hanno portato alla creazione di sistemi di controllo digitalizzati per la fornitura di servizi. L'esistenza di una nuova realtà produttiva rende necessario adattare le note di dipendenza e alienità alla realtà sociale del tempo in cui le norme devono essere applicate (articolo 3.1 del codice civile) (FJ 7.º).»

La cosa rilevante quindi è che

«i poteri aziendali di direzione, organizzazione o controllo dell'attività e, in questo senso, le note di dipendenza e alienità, possono essere tradotti in realtà in modi diversi da quelli classici quando il datore di lavoro si assume i rischi dell'operazione ed è beneficiario dei suoi frutti, svolgendo un compito di coordinamento, organizzazione o controllo della fornitura o detenendo il potere sanzionatorio, e questo anche se le relative prerogative si manifestano indirettamente o implicitamente, attraverso la gestione algoritmica, le condizioni di lavoro o il servizio erogato».

Tutto ciò porta quindi a due importanti conseguenze. Prima di tutto alla considerazione dei lavoratori che svolgono questo servizio come soggetti rientranti nell'ambito di applicazione dello Statuto dei Lavoratori, ma anche, parallelamente, alla concettualizzazione delle piattaforme digitali come aziende che esercitano i loro poteri di gestione e controllo del processo non solo attraverso la direzione dell'erogazione del lavoro ma dell'organizzazione dello stesso, anche se questo può essere fatto direttamente, indirettamente o implicitamente, come sottolinea la regola. Perché la forma indiretta o implicita di esercizio dei poteri aziendali include negli stessi presupposti una certa flessibilità o libertà da parte del lavoratore nell'esecuzione del lavoro, senza tuttavia ignorare che questa autonomia è simulata, perché in realtà il potere di direzione ha un impatto diretto nel mantenimento del loro impiego, nel loro volume o nel resto delle loro condizioni di lavoro. È in questa "configurazione asimmetrica" del rapporto contrattuale come elemento definitorio della realtà materiale dello scambio ineguale di prestazioni che si vuole garantire "l'effetto utile e protettivo che corrisponde al diritto del lavoro". Va notato che in questo schema di ragionamento, il riferimento a una terza categoria intermedia è scomparso, perché l'intera spiegazione si basa sull'adattabilità delle categorie centrali di dipendenza e sul rispetto della gestione algoritmica delle condizioni di lavoro e di impiego del personale.

La presunzione di esistenza della relazione di lavoro implica lo spostamento dell'onere della prova sulla c.d. non laboralidad della prestazione in capo all'impresa, in modo da consentirle di confutare la condizione di lavoratori che è legalmente presunta per coloro che forniscono i loro servizi nelle piattaforme di distribuzione e consegna di qualsiasi prodotto o merce di consumo. L'*overflow* che le piattaforme digitali compiono dalla nozione tradizionale di azienda (cercando di sbiadire il loro ruolo di datori di lavoro, che è stato accompagnato dall'uso diffuso del lavoro informale e precario, nel tentativo di cancellare lo status di lavoratore del personale che utilizzano), è diluito da questo regolamento, anche se ciò non impedirà a nuovi test di continuare a evitarlo sulla base di rinnovate operazioni di ingegneria legale guidate dai consulenti di queste società.

In effetti, sarà difficile per le piattaforme aggirare la dizione giuridica sui loro poteri di eterodirezione, controllo e organizzazione, definiti indirettamente o implicitamente, sulle persone che lavorano per loro attraverso formule contrattuali dirette, ma vanno considerate anche le formule aziendali come le cooperative di lavoro che possono essere costituite in questo settore (Baylos Grau, 2021) o attraverso meccanismi di subappalto in

società di piattaforme digitali in cui la dottrina ha avvertito dell'esistenza di spazi di illegalità (Esteve Segarra e Todoli Signes, 2021). Una sfida che fa presagire che il contenzioso derivato dalla regolamentazione del lavoro in questo settore continuerà sia in sede collettiva che giudizialmente, rivelando così la natura strategica di esso per la riorganizzazione del tessuto culturale e ideologico che sostiene il discorso sulla digitalizzazione e la sua presunta incompatibilità con un intenso processo di formalizzazione del lavoro.

3.2. Il diritto di informazione in relazione agli algoritmi

Tanto l'Accordo tripartito quanto la norma legale successiva hanno incluso un importante riferimento in tema di automazione della gestione del lavoro e sulla c.d. valutazione delle prestazioni attraverso il controllo dell'algoritmo da parte del datore. L'opacità di questa modalità di controllo delle prestazioni del lavoratore è accoppiata alla sua presentazione autoritaria come elemento immutabile e oggettivo di misurazione della prestazione lavorativa. La legge n. 12/2021 introduce questo problema nello schema tradizionale di rappresentanza collettiva in azienda che, come è noto nel sistema spagnolo, comporta l'istituzionalizzazione di un modello duale che contiene sia una rappresentanza elettiva unitaria – il Comitato aziendale o i Delegati del personale – sia la rappresentanza sindacale in azienda attraverso le sezioni sindacali rappresentative in esso.

La motivazione della norma spiega l'incorporazione di questo punto sulla base di una "riflessione condivisa" al tavolo del dialogo sociale in merito alla necessità di affrontare "l'impatto delle nuove tecnologie sul posto di lavoro e la necessità che la legislazione del lavoro tenga conto di questo impatto sia sui diritti collettivi e individuali dei lavoratori che sulla concorrenza tra le aziende". Così espressa, la riflessione collettiva delle parti sociali non andrebbe oltre il riferimento generico dell'articolo 20 bis ET, introdotto dal 13° Provvedimento Finale della nuova Legge sulla Protezione dei Dati Personali – Legge Organica 3/2018, del 5 dicembre – che sancisce il diritto dei lavoratori alla privacy nell'uso dei dispositivi digitali messi a disposizione dal datore di lavoro, alla disconnessione digitale e alla privacy contro l'uso di dispositivi di videosorveglianza e geolocalizzazione, diritti che sono realmente iscritti nella protezione dei dati digitali del lavoratore configurati come un diritto individuale (Goñi Sein, 2021) che può essere sintetizzato in un diritto all'"autodeterminazione informativa" del lavoratore (Fernández Ramírez, 2021) e che l'articolo 91 della citata Legge Organica 3/2018 estende in modo più generico alle "garanzie aggiuntive" dei diritti connessi al trattamento dei dati personali dei lavoratori e alla "salvaguardia" dei loro diritti digitali sul posto di lavoro, in una formula più ampia (Baylos Grau, 2019).

La rilevanza dell'algoritmo in materia di lavoro era stata evidenziata in alcuni studi dottrinali riguardanti il suo utilizzo nei processi di selezione del personale, avvertendo

della loro parzialità e della possibilità di un trattamento discriminatorio, indicando in ogni caso la necessità di garantire un principio di trasparenza algoritmica di particolare interesse in questo settore (Todolí Signes, 2018, Rivas Vallejo, 2020; Alvarez Cuesta, 2020; Valverde Asencio, 2020; Aragüez Valenzuela 2021). La legge 12/2021 affronta questo tema concentrandosi anche sul controllo dei metodi di intelligenza artificiale e sulla gestione algoritmica delle condizioni di lavoro, riconoscendo un diritto di informazione ai rappresentanti dei lavoratori in azienda sui «parametri, regole e istruzioni su cui algoritmi o sistemi di intelligenza artificiale che influenzano il processo decisionale che possono influenzare le condizioni di lavoro, accesso e mantenimento dell'occupazione, compresa la profilazione» (art. 64.4 d) ET). Non è una norma che si applica solo alle aziende e ai lavoratori operanti nel settore della distribuzione di beni tramite piattaforme digitali, ma è prescritta in generale, riconoscendo l'importanza che la digitalizzazione assume progressivamente nei modelli di organizzazione e controllo del lavoro e nella determinazione delle condizioni di lavoro e di impiego di un numero crescente di aziende, e sposta l'asse del suo intervento nel campo degli interessi collettivi e della rappresentanza, elettiva o sindacale, delle persone che lavorano nelle aziende e nei luoghi di lavoro.

Questa innovazione normativa è stata valutata positivamente sia per la sua originalità che per la sua opportunità (Gómez Gordillo, 2021), poiché mostra una rapida capacità di risposta dell'ordine a una trasformazione produttiva e organizzativa molto ampia. Il diritto all'informazione riconosciuto agli organi rappresentativi eletti e unitari e, per estensione, anche alle sezioni sindacali rappresentative e ai delegati sindacali nelle grandi imprese è un dovere correlato di trasparenza algoritmica che deve potersi manifestare nel controllo collettivo sia prima che dopo la sua adozione da parte dell'azienda per la selezione del personale, valutazione delle prestazioni o determinazione delle condizioni di lavoro e del loro impatto sulla retribuzione o sulla distribuzione dell'orario di lavoro. Va tenuto presente che ciò che viene a essere noto come *Gestione Algoritmica*, rafforza il potere di gestione e controllo attraverso sofisticati strumenti tecnologici di supervisione digitale che non solo facilitano il controllo disciplinare e la valutazione delle prestazioni o della capacità professionale dei lavoratori, ma agiscono anche attraverso un'immensa raccolta di dati personali delle persone che lavorano in azienda canalizzando il comportamento digitale di questi, con evidenti ripercussioni sulla salute sul lavoro e sui rischi mentali, o per quanto concerne le decisioni rilevanti al fine di assumere e valutare l'accesso al lavoro ⁽⁹⁾.

Il diritto dei rappresentanti dei lavoratori in azienda di essere informati occupa il livello più basso dei diritti di partecipazione, senza stabilire l'obbligo di avviare un processo di consultazione in materia, come accade in casi più importanti come la modifica

⁽⁹⁾ Il rapporto tra tecnologia e potere al lavoro è un tema classico. Sotto l'algoritmo, si nasconde un rapporto di potere ineguale e la "decisione algoritmica" è un "nuovo modo di espressione" del potere in azienda (Fischman e Gome).s, 2020) o "modalità nascosta" dell'esercizio del potere del datore di lavoro, nel quadro di un ferreo rispetto di uno *standard* preconfigurato che non consente considerazioni personali o eccezioni, prevede situazioni, non circostanze individuali (Lassandari, 2017).

delle condizioni di lavoro, i trasferimenti di società, successione di aziende o licenziamenti collettivi, tra i più significativi⁽¹⁰⁾. Tuttavia, l'informazione nel contesto dei diritti di rappresentanza – e della libertà di azione sindacale – è funzionalmente connessa con la capacità di contrattare collettivamente le condizioni di lavoro e di occupazione e il quadro istituzionale dell'organizzazione del lavoro. Sebbene le informazioni siano limitate nell'articolo 64 ET alla trasmissione di dati da parte del datore di lavoro ai rappresentanti collettivi al fine di renderli consapevoli di un problema specifico, in questo caso l'esistenza di determinati parametri e regole che regolano gli algoritmi in termini di selezione o gestione del personale, senza quindi implicare il diritto all'apertura di un dialogo con essa, la verità è che l'articolo 64. 6 ET stabilisce che le informazioni devono essere fornite "in un momento, in modo e con un contenuto appropriato" che consentano ai rappresentanti dei lavoratori "di procedere al suo adeguato esame e prepararsi, se del caso, alla consultazione". La regola non prevede una data precisa con cui queste informazioni devono essere effettuate in relazione allo scopo specifico che intende soddisfare, la conoscenza del funzionamento dell'algoritmo, ma la raccomandazione dottrinale che un controllo "ex post" non è sufficiente, dovendosi stabilire fin dall'inizio (Todolí Signes, 2018: 88). Non ci sono davvero compartimenti stagni nella graduazione dei diritti di rappresentanza, tutti convergono alla fine in un processo negoziale, che è in definitiva l'obiettivo finale a cui punta il precetto riformato dalla legge 12/2021.

L'informazione richiede quindi trasparenza algoritmica, che in primo luogo implica la messa in discussione della neutralità di questi parametri che possono essere discriminatori o impedire l'esercizio dei diritti fondamentali come è già stato dimostrato non solo dalla dottrina ma anche giudizialmente in alcune esperienze comparative (Fernández Sánchez, 2021). Ma questo non è lo scopo esclusivo di combattere l'opacità dell'algoritmo, che per definizione tende a ridurre e semplificare la complessità della realtà. È importante rendere visibili i processi di costruzione dell'algoritmo nella determinazione che impongono sulle condizioni specifiche di fornitura del lavoro, l'impatto sulle condizioni di lavoro, la raccolta dei dati e il suo trattamento standardizzato (Bossu, 2020). Ecco perché il diritto all'informazione sull'algoritmo è direttamente finalizzato al suo utilizzo sindacale nell'ambito della contrattazione collettiva. O in altre parole, è evidente l'idoneità della contrattazione collettiva a imporre e regolare i criteri, le regole e le istruzioni dell'intelligenza artificiale che influenzano i processi decisionali sull'organizzazione del lavoro e i suoi effetti sulle condizioni di sviluppo della fornitura di lavoro.

Riconoscere tale diritto, la cui omissione da parte del datore di lavoro costituisce una violazione grave ai sensi dell'art. 7 della Legge sulle infrazioni e le sanzioni nell'ordine sociale (LISOS), e può essere oggetto di una controversia collettiva, ne richiede l'effettivo

⁽¹⁰⁾ Sull'inserimento di questo nuovo diritto di informazione nella tabella dei diritti contenuta nel titolo II dello Statuto dei lavoratori, che non rispetta la direttiva quadro europea sui diritti e l'informazione e la consultazione del 2002, Gómez Gordillo 2021 : 164-172. Anche Trillo Párraga, 2021 : 30-33.

utilizzo nella pratica della contrattazione sindacale. In linea di principio, sembrerebbe particolarmente indirizzato verso la contrattazione collettiva in impresa, che solleva il problema della doppia legittimità, unitaria e sindacale, per l'elaborazione del contratto collettivo, sebbene apra anche, in questo stesso spazio, la possibilità di accordi aziendali informali. Inoltre, gli accordi settoriali possono stabilire regole di carattere generale, l'adozione di un principio di trasparenza e l'eliminazione di elementi prevedibilmente discriminatori o che ostacolano l'esercizio dei diritti fondamentali, fatte salve le successive specifiche a livello aziendale.

3.3. Diritti di rappresentanza, negoziazione collettiva e sciopero dei riders

Sebbene il riconoscimento del diritto all'informazione e il principio correlato di trasparenza dell'informazione che consente il "contenuto appropriato" che facilita e guida l'intervento collettivo della rappresentanza dei lavoratori in questo senso abbia una portata generale nella "rete algoritmica delle imprese" (Fischman e Gomes, 2020), il riconoscimento giuridico delle persone che lavorano per piattaforme digitali nel settore della distribuzione non implica solo l'accesso ai diritti individuali incorporati nello Statuto dei lavoratori, ma consente di utilizzare i diritti collettivi di rappresentanza nell'azienda, di contrattazione collettiva e di sciopero in questo stesso settore come elementi centrali della condizione di lavoro.

Il problema in questo settore è duplice perché non solo le forme organizzative collettive in esso differiscono da quelle tradizionalmente strutturate in altre attività, soprattutto dal quadro dei sindacati "classici", ma perché i riferimenti di base della rappresentanza istituzionale che si trova nei luoghi di lavoro non ha un supporto materiale nei termini in cui l'articolo 1.5 ET si riferisce ad esso, come "unità produttiva con organizzazione specifica", registrata presso l'autorità del lavoro, e ci sono molte difficoltà nell'organizzare il processo elettorale nei termini indicati nel Titolo II dell'ET. La dottrina del lavoro ha proposto diverse modalità di adeguamento della normativa elettorale e rappresentativa al settore della distribuzione delle piattaforme digitali richiedenti riforme legislative che le accolgano⁽¹⁾, ma il duplice modello di rappresentanza in azienda che caratterizza il nostro sistema rende più appropriato il

⁽¹⁾ Utilizzando formule simili a quelle previste dalla riforma dell'ET del 2006 per i lavoratori in appalto o subappalto che non avevano una propria rappresentanza, attraverso la creazione mediante contratto collettivo di formule di rappresentanza *ad hoc* per i lavoratori che convergono nello stesso luogo di lavoro, o creando e registrando un centro di lavoro virtuale per coloro che condividono gli elementi organizzativi che caratterizzano il settore (Trillo Párraga, 2021 : 36-37). Nella dottrina del lavoro, queste tesi vanno di pari passo con una corrente di revisione critica dei meccanismi di rappresentanza elettiva nel Titolo II ET. In questa direzione, precedentemente alla legge 12/2021, v. Garrido Pérez, 2017.

percorso di rappresentanza sindacale, grazie alla sua configurazione essenzialmente autonoma, concentrandosi sul fatto rappresentativo delle persone che lavorano in questa attività. Mentre i contributi dottrinali su questo problema sono più noti, le trasformazioni della struttura interna dei sindacati e le forme di collaborazione con le esperienze organizzative del settore come la piattaforma di protesta *riders x rights* si sono riflesse in una serie di attività di enorme interesse, tra cui la creazione di applicazioni specifiche per i corrieri ai fini dell'informazione sindacale. In generale, si può dire che esiste una situazione di convivenza tra le forme specifiche e autonome di rappresentanza e organizzazione dei lavoratori della distribuzione al servizio delle piattaforme digitali e le organizzazioni sindacali "classiche", con scambi proficui tra i due in termini di azioni congiunte.

Poiché la rappresentanza collettiva e sindacale è la questione più importante quando si tratta di specificare i diritti collettivi, la verità è che in larga misura le riflessioni sull'aspetto della regolamentazione legale della rappresentanza mirano anche a facilitare la contrattazione collettiva in questo settore, trattandosi d'un fatto che è associato al consolidamento dello status formale dei lavoratori di coloro che svolgono tale attività. Al di là delle possibilità offerte, si tratta di un campo inesplorato, sia in termini di ambito funzionale di applicazione sia in relazione ai contenuti della convenzione stessa.

Tre sono considerate come opzioni probabili, quella di un accordo di settore per tutte le società di piattaforme digitali nel settore delle consegne, quella di creare specifiche aree funzionali negli accordi di settore (logistica, o ospitalità) o, infine, quella di stabilire accordi aziendali. La situazione attuale è embrionale e, sebbene esempi di queste opzioni possano essere trovati in altre esperienze comparative europee, per il momento in Spagna è stato scelto di far avanzare il percorso dell'accordo aziendale. Infatti, il 17 dicembre 2021, è stato presentato il contratto collettivo tra i sindacati CCOO e UGT e la società Just Eat con l'intento di farne il testo di riferimento per l'intero settore. Il contenuto del contratto collettivo si concentra principalmente su tre punti: stipendio, orario di lavoro e salute sul lavoro, un approccio di base alla regolamentazione degli elementi centrali del progetto contrattuale dei corrieri di questa azienda. Il confronto con altre esperienze europee sulle questioni che vengono incorporate nei primi contratti collettivi in questi settori può anche essere molto utile per concepire nuovi sviluppi nei contenuti del negoziato (Rodríguez Fernández, 2021: 529-532).

Per quanto riguarda il diritto di sciopero, il sistema spagnolo ha il vantaggio di essere estremamente flessibile in termini di forme di organizzazione dell'aspetto collettivo dello stesso su cui poggiano i poteri di convocazione, specificando fondamentalmente la durata e la modalità del provvedimento adottato, in modo che, insieme ai sindacati, l'assemblea dei lavoratori o le forme relative ai sindacati di organizzazione di interesse collettivo siano legittimate per avviare questa azione di protesta e rivendicazione, che assume la forma specifica per *i rider* della disconnessione dalla piattaforma come manifestazione concreta della "cessazione dell'erogazione dei servizi" a cui fa riferimento,

come tipico modo di sciopero, all'articolo 7 del Decreto Legge sui Rapporti di Lavoro (DLRT). Questa possibilità deve essere incorporata nell'algoritmo che assegna gli ordini e organizza il lavoro in modo da differenziare questo tipo di disconnessione o cancellazione della prenotazione del turno a seconda della causa per cui è stata effettuata, senza comportare esclusioni dal ciclo produttivo durante l'elaborazione delle *classifiche* reputazionali, che condizionano efficacemente le future opportunità di lavoro e le priorità di prenotazione per le consegne. L'algoritmo non può penalizzare l'esercizio del diritto di sciopero riducendo le future opportunità di accesso al lavoro, perché ciò implica ritorsioni per l'esercizio del diritto di sciopero vietato dall'art. 6.1 DLRT, collegandosi alla preoccupazione già espressa circa la capacità discriminatoria e la violazione dei diritti fondamentali dell'algoritmo "cieco" o "inconscio" di fronte a situazioni che generano diritti (Fernández Sánchez, 2021). Ci sono già state esperienze molto istruttive di conflitto organizzato in questo settore, come lo sciopero di successo degli addetti alle consegne dei supermercati e delle cucine di Glovo a Barcellona, o precedentemente in pieno stato di allarme quello dei *rider* di Glovo e Uber Eats per la riduzione dello stipendio. Queste situazioni di conflitto sono spesso accompagnate da comportamenti antisindacali consistenti nella disconnessione unilaterale da parte della piattaforma di fronte alla constatazione che si svolgevano incontri tra i *rider* in luoghi o spazi non programmati e in numeri imprevedibili. La normalizzazione dei diritti fondamentali per questo gruppo consentirà di combattere le azioni illegali messe in campo dalle società proprietarie delle piattaforme digitali.

La lunga marcia dei *riders*, dalla loro totale mancanza di protezione sociale e lavorativa verso uno *status* di formalità nel riconoscimento dei diritti, sta raggiungendo i suoi obiettivi. C'è sicuramente molta strada da fare per determinare condizioni di lavoro e di occupazione dignitose e sufficienti, ma i progressi in questo settore restano indubbiamente molto importanti.

Bibliografía

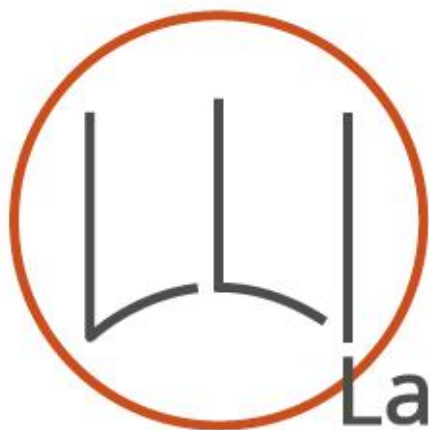
- ADIGITAL, *Propuesta normativa en materia de trabajo en plataformas digitales*, <https://www.adigital.org/media/propuesta-regulatoria-plataformas-digitales.pdf>
- Alarcón Caracuel, M., *Aspectos críticos del Estatuto del Trabajador Autónomo*, en Agustí Juliá, J. y Pumar Beltrán, N. (Coords), *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras*, Bomarzo, Albacete, 2009, 109-129.
- Álvarez Cuesta H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.
- Álvarez del Cuvillo A., *El régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente*, en Cruz Villalón, J. y Valdés Dal-Re, F. (Dir.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo, La Ley* / Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, 237- 290.
- Aragüez Valenzuela L., *Los algoritmos digitales en el trabajo. Brechas y sesgos*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo*, 2021, 9 (4), 119-146.
- Baylos Grau A., *Il ruolo della contrattazione collettiva nella legge sulla protezione dei dati personali e la garanzia dei diritti digitali in Spagna*, en *Labour & Law Issues*, 2019, vol. 5, C.1 ss.
- Baylos Grau, A., *Una breve nota sulla legge spagnola in tema di lavoro dei riders* en *Labour & Law Issues*, 2021, vol. 7, 1, C.I ss.
- Bossu B., *Gestion par algorithme du personnel et exigence de loyauté et de transparence*, en Adam, P., Le Friant, M. y Tarasewicz, Y. (Dir.), *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et Droit du Travail*, Dalloz, Paris, 2020, 115-119.
- Calvo Gallego F.J., *Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación*, en *Temas Laborales*, 2005, 81, 41-78.
- Cruz Villalón, J., *El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de trabajo. Un debate global desde la perspectiva española*, en *Labour & Law Issues*, 2020, 6, 2, C.1 ss.
- Esteve Segarra A. - Todolí Signes A., *Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataforma digital*, en *Revista de Derecho Social*, 2021, 95, 37-64.
- Fernández Ramírez M., *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa 'neopanóptica'*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.
- Fernández Sánchez S., *Análisis de actualidad. Frank, el algoritmo consciente de Deliveroo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Bolonia 2949/2020, de 31 de diciembre*, en *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2021, 457 ss.
- Ferrando García F., "Algunas reflexiones sobre la regulación del trabajo a través de plataformas digitales", Net21, en <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/ALGUNAS-REFLEXIONES-SOBRE-LA-REGULACION-DEL-TRABAJO-A-TRAVES-DE-PLATAFORMAS-DIGITALES.pdf>
- Fischman S. - Gomes B., *Intelligences artificielles et droit du travail: contribution à l'étude des plateformes numériques*, en en Adam, P., Le Friant, M. y Tarasewicz, Y. (Dir.), *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et Droit du Travail*, Dalloz, Paris, 2020, 37- 54.
- Garrido Pérez E., *La representación de trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, en *Revista de Derecho Social*, 2017, 80, 209-232.
- Gómez Gordillo R., *Algoritmos y derecho de información de las personas trabajadoras*, en *Temas Laborales*, 2021, 157: 161-182.
- Goñi Sein, J.L., *El impacto de las nuevas tecnologías disruptivas sobre los derechos de privacidad (intimidad y "extimidad") del trabajador*, en *Revista de Derecho Social*, 2021, 93, 25-66
- Gramano E., *Contribución al debate sobre trabajo y gig-economy a la luz del ordenamiento jurídico italiano*, en *Revista de Derecho Social*, 2019, 85, 213-232.

- Jeammaud A., *El derecho del trabajo francés entre reforma y cambio*, en *Revista de Derecho Social*, 2021, 95, 199-250.
- Lassandari A., *Problemi di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che utilizzano le tecnologie digitali*, en *Riv. Giur. Lav.*, 2017, 2, 59-70
- Llorente Sánchez-Arjona M., *La tutela judicial de los TRADE. Un estudio de la atribución de la competencia a la jurisdicción social*, en *Temas Laborales*, 2009, 102, 157-186.
- Mariucci L., *Inslaboralismo y sindicatos en la era del ocaso del neoliberalismo*, en *Revista de Derecho Social*, 2020, 92, 21-40.
- Monereo Pérez J.L. - Martín Muñoz R.M., *La laboralidad de quienes prestan servicios a través de plataformas digitales*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, 9.
- Morón Prieto R., *El necesario fortalecimiento del concepto de trabajador por cuenta ajena: algunas reflexiones con ocasión del "caso Glovo"*, en *Revista de Derecho Social*, 2019, 88, 153-165.
- Pérez Capitán L., *La controvertida delimitación del trabajo autónomo y asalariado. El TRADE y el trabajo en las plataformas digitales*, Aranzadi /Thomson Reuters, Cizur Menor., 2019.
- Pérez Rey J., *¿Son los «riders» trabajadores? Comentario a los primeros escarceos judiciales en torno a las identidades débiles de la economía «uberizada»*, en *Actum social*, 2018, 141, 20-27.
- Perulli A., *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del Diritto del Lavoro*, Giapichelli, Torino, 2021.
- Rivas Vallejo P., *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.
- Rodríguez Fernández M.L.; Pérez del Prado D., *El impacto de la economía 4.0 sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso en dos empresas de base tecnológica en Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2018, 36, 2), 355-372.
- Rodríguez Fernández M.L., *La negociación colectiva en las plataformas digitales*, en Cruz, J., González-Posada, E., Molero, M.L. (Dirs), Lahera, J. y Murcia, A. (Coords), *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Re*, Bomarzo, Albacete, 2021, 521-537.
- Rodríguez-Piñero M., *La huida del Derecho del Trabajo*, en *Relaciones Laborales*, 1992, 1, 85-94.
- Rojo Torrecilla E., *La laboralidad de los repartidores. Un buen acuerdo en el diálogo social*, Net21, <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/La-laboralidad-de-los-repartidores-EDUARDO-ROJO.pdf>
- Romagnoli U., *La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1992, 1, 15-32.
- Romagnoli U., *Del trabajo declinado en singular a los trabajos en plural*, en *Relaciones Laborales*, 1997, 1, 153-162.
- Sanguineti W., *El test de laboralidad y la dialéctica de los indicios de subordinación y autonomía* en *Revista de Derecho Social*, 2022, 97, 15-39.
- Serrano García J. - Borelli S., *El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economía digital*, en *Revista de Derecho Social*, 2017, 80, 233 – 266.
- Serrano Pascual A. - Fernández Rodríguez C.J., *De la metáfora del mercado a la sinécdoque del emprendedor: la reconfiguración política del modelo referencial de trabajador* en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2018, 36, 2, 207-224.
- Suárez Corujo B., *La controvertida figura de los transportistas con vehículo propio y su exclusión del ordenamiento laboral*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1999, 94, 251-280.
- Todoí Signes A., *La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y derechos colectivos*, en *Revista de Derecho Social*, 2018, 84, 69-88.
- Todoí Signes A., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo español que considera a los Riders empleados laborales*, en *Labour & Law Issues*, 2020, vol. 6, 2.
- Trillo Párraga F.J., *Economía digitalizada y relaciones de trabajo*, en *Revista de Derecho Social*, 2016, 76, 59-82.
- Trillo Párraga F.J., *La 'Ley Rider' o El arte de volver*, en *Revista de Derecho Social*, 2021, 94, 19-38.

A. BAYLOS GRAU, *L'accidentato viaggio dei riders in Spagna. Analisi della legge n. 12/2021*

Valdés Alonso A., *El concepto de trabajador autónomo económicamente dependiente*, en Cruz Villalón, J. y Valdés Dal-Re, F. (Dirs), *El Estatuto del Trabajo Autónomo, La Ley* / Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008, 197 – 235.

Valverde Asencio, A.J., *Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2020.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme:
dalla proposta di Direttiva al progetto
di Risoluzione del Parlamento europeo.
Verso un incremento delle tutele?**

ANNA ALAIMO
Università di Catania

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695



**Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme:
dalla proposta di Direttiva al progetto di
Risoluzione del Parlamento europeo.
Verso un incremento delle tutele?**

ANNA ALAIMO
Università di Catania
Ordinaria di Diritto del Lavoro
anna.alaimo@lex.unict.it

ABSTRACT

The essay is inspired by the comparison between the Proposal for a Directive on improving working conditions in platform work, presented by the European Commission on 9 December 2021, and the Draft Report of the European Parliament (Rapporteur, E. Gualmini) of 3 May 2022. The latter proposes a series of amendments to original text, the most significant of which concern the legal presumption of employment relationship, the extension and strengthening of rights relating to algorithmic management. The Author focuses, in particular, on the usefulness of a European notion of “platform worker” and on the opportunity to maintain, in the directive, its identification criteria, to avoid the risk of an excessive fragmentation of the notion, with application of the legal presumption of employment relationship not homogeneous in national legal systems.

Keywords: platform work; employment relationship; algorithmic management; solo self-employment.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/15064>

Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?

SOMMARIO: 1. Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme nel quadro delle iniziative europee sul “digitale”. – 2. Dalla proposta di direttiva al Progetto di Risoluzione legislativa del Parlamento europeo: verso un incremento delle tutele? – 2.1. Il primo obiettivo della direttiva: scongiurare il rischio di *misclassification* garantendo la corretta determinazione dello *status* del lavoratore. La presunzione di subordinazione. – 2.2. La subordinazione “presunta” tra aporie, ipotesi di modifica e alternative possibili. – 3. Diritti oltre la subordinazione: il *management* algoritmico... – 3.1. (segue) le disposizioni sui rimedi e l'*enforcement*. – 4. Il Progetto di linee-guida sul rapporto fra diritto europeo della concorrenza e accordi collettivi sulle condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi privi di dipendenti: dal “*functional approach*” della Corte di giustizia al “*risk-based approach*” della Commissione.

1. Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme nel quadro delle iniziative europee sul “digitale”

Il “pacchetto” di misure sul lavoro nelle piattaforme varato dalla Commissione europea alla fine del 2021⁽¹⁾ ha ormai lasciato i nastri di partenza ed è approdato all’esame della “Commissione per l’occupazione e gli affari sociali” (*EMPL*) del Parlamento europeo.

L’iniziativa ha chiuso un anno di progetti normativi importanti in tema di digitalizzazione dei mercati, dei servizi e del lavoro. Il cuore del *Platform Work Package* (*PWP*) - la proposta di direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme - si colloca, infatti, al crocevia di altri rilevanti progetti, che hanno inaugurato una feconda stagione di iniziative, delineando, in maniera sempre più netta, i tratti del modello europeo di economia e società digitali.

⁽¹⁾ COM (2021) 762; COM (2021) 761 *Migliori condizioni di lavoro per un’Europa sociale più forte: sfruttare appieno i vantaggi della digitalizzazione per il futuro del lavoro*; Brussels, 9.12.2021. Sulla proposta di direttiva, nella dottrina nazionale, v., per tutti, M. Barbieri, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, LLI, 2021, n. 1; G. Bronzini, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell’“umanesimo digitale”*, LDE, 2022; S. Giubboni, *La proposta di direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale*, in www.eticaeconomia.it, 16 gennaio 2022; M. Magnani, *La proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali*, BA, 9 maggio 2022, n. 18; P. Tosi, *Riflessioni brevi sulla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, LDE, 2022, n. 1 e, se si vuole, A. Alaimo, *Lavoro e piattaforme tra subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione europea DRI*, 2022, 2, 639 ss.

A partire dalla individuazione delle caratteristiche di quel modello⁽²⁾ e dall'ambizione di conseguire «un futuro digitale antropocentrico, sostenibile e più prospero»⁽³⁾, numerosi sono i cantieri normativi aperti⁽⁴⁾, accomunati dalle radici etiche e costituzionali dell'Unione europea e perciò ispirati ad alcuni principi e obiettivi: il rispetto della dignità umana, la centralità della persona nel processo di transizione digitale, il principio di non discriminazione (applicato sia alla progettazione e alla gestione degli algoritmi, sia ai fornitori di sistemi di Intelligenza Artificiale), il diritto alla protezione dei dati e della vita privata, il principio del controllo dell'uomo e, fra gli obiettivi, la lotta alla povertà digitale e la realizzazione di una società digitale inclusiva⁽⁵⁾. Non a caso alcune di queste iniziative erano state preannunciate nel *Piano d'azione sul Pilastro europeo dei diritti sociali* presentato nei primi mesi del 2021⁽⁶⁾.

Nel “pacchetto”, la proposta di direttiva è affiancata da una Comunicazione (nella quale vengono illustrate le finalità dell'intervento) e da un Progetto di Linee-guida sul rapporto fra diritto europeo della concorrenza e contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi privi di dipendenti (*solo self-employed*, fra i quali sono annoverati anche i lavoratori delle piattaforme)⁽⁷⁾, che costituisce un importante frammento dell'iniziativa, per l'attenzione mostrata verso le istanze di protezione sociale provenienti dal lavoro autonomo più debole, precario e povero (v., *infra*, § 4)⁽⁸⁾.

Nel quadro delle iniziative sociali, il “pacchetto” si colloca nel solco del negoziato sulla digitalizzazione (accordo-quadro europeo del 20 giugno 2020)⁽⁹⁾, nel corso del quale

⁽²⁾ European Commission, *Shaping Europe's Digital Future*, 2020.

⁽³⁾ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, 9 marzo 2021, COM (2021)118; v. anche la Comunicazione della Commissione “*Plasmare il futuro digitale dell'Europa*”, COM (2020) 67.

⁽⁴⁾ Sulla scia delle due proposte di regolamento sui mercati digitali e sui servizi digitali - *Digital Markets Act*: 15.12.2020, COM (2020) 842; *Digital Service Act*: 15.12. 2020, COM (2020) 825 - presentate sul finire del 2020, è stata resa pubblica, nell'anno successivo, la corposa proposta di regolamento sull'I.A.: 21.4.2021, COM(2021) 206.

⁽⁵⁾ Cfr., da ultima, la *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, 26.1.2022, COM(2022)28.

⁽⁶⁾ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, 4.3.2021, COM(2021)102.

⁽⁷⁾ Entrambi cit. alla nt. 1.

⁽⁸⁾ Sul tema la letteratura sociologica e giuridica è ormai molto ampia; per un'introduzione al tema si vedano A. Fumagalli, *Le trasformazioni del lavoro autonomo tra crisi e precarietà: il lavoro autonomo di III generazione, Quaderni di ricerca sull'artigianato*, 2015, n. 2, 221; A. Mori, R. Semenza, *Il lavoro autonomo professionale, le sfide e le risposte istituzionali in Europa*, in A. Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018, 81; V. Papa, *The New Working (Poor) Class. Self-Employment and In-Work Poverty in the EU: a Supranational Regulatory Strategy ILLe-J*, 201, 2, 41-58; per ulteriori riferimenti si rinvia ad A. Alaimo, *Il lavoro autonomo fra nuove “debolezze” e deficit di protezione sociale: tutele prima, durante e dopo la pandemia*, RDSS, 2021, n. 2, 215. Sul nesso tra lavoratori delle piattaforme e lavoro povero, M.T. Carinci, *I lavoratori delle piattaforme quali “working poors”*, *Labor*, 2021, 627.

⁽⁹⁾ Sul quale v. M. Peruzzi, *Il dialogo sociale europeo di fronte alle sfide della digitalizzazione*, DRI, 2020, 4, 1213.

non era stato possibile affrontare la questione dei lavoratori delle piattaforme a causa di una severa opposizione di *BusinessEurope*.

Tutte le iniziative segnalano in maniera evidente che si è aperta, a livello europeo, una nuova e feconda stagione di “costituzionalismo digitale⁽¹⁰⁾, nell’idea che la “transizione digitale”⁽¹¹⁾, per avere anche un impatto positivo sui lavoratori⁽¹²⁾, debba essere guidata dal rispetto dei diritti e valori fondamentali dell’Unione, come ampiamente si legge nella Relazione di accompagnamento alla Proposta di Regolamento sull’I.A.⁽¹³⁾.

2. Dalla proposta di Direttiva al Progetto di Risoluzione legislativa del Parlamento europeo: verso un incremento delle tutele?

Ma veniamo alla proposta di direttiva presentata dalla Commissione il 9 dicembre 2021 (d’ora in avanti: la *proposta*), a valle di un processo di consultazione delle parti sociali che non ha condotto all’apertura di negoziati, a causa di una generale ritrosia delle confederazioni sindacali europee (*in primis* della CES) ad avviare un procedimento di dialogo sociale che rischiava di condurre, magari dopo molti ritardi, ad un accordo autonomo, sui cui esiti aleggiava lo spettro della scarsa effettività nei sistemi nazionali⁽¹⁴⁾.

La *proposta* ha ricevuto, invece, un forte sostegno istituzionale, sia da parte del Parlamento⁽¹⁵⁾ che del Comitato economico e sociale, espressosi favorevolmente nel parere richiesto dalla presidenza tedesca⁽¹⁶⁾.

Nel momento in cui si scrive, il testo licenziato dalla Commissione ha intrapreso il percorso legislativo richiesto dalla procedura di co-decisione Parlamento-Consiglio regolata

⁽¹⁰⁾ L. Floridi, G. Finocchiaro, O. Pollicino, *Quattro orientamenti per completare il modello digitale Ue*, in *www.ilsole24ore.com*, 6 gennaio 2022.

⁽¹¹⁾ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un’Europa sociale forte per transizioni giuste*, 14 gennaio 2020, COM (2020)14.

⁽¹²⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione; nella medesima prospettiva P. Tullini, *La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona che lavora nella gig-economy*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1; sul nesso fra diritti dei lavoratori delle piattaforme e Pilastrò, B. Caruso, *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastrò sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, *DRI*, 2019, n. 4, 1005.

⁽¹³⁾ Quest’ultima espressamente fa riferimento ad una serie di diritti tutelati dalla Carta fra i quali, per esemplificare, il diritto alla dignità umana (art. 1), al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale (artt. 7- 8), alla non discriminazione (art. 21), alla parità tra donne e uomini (art. 23), e, fra i diritti dei lavoratori, in particolare, il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 31), un livello elevato di protezione dei consumatori (art. 38), i diritti del minore (art. 24) e l’inserimento delle persone con disabilità (art. 26). Rilevante è anche il diritto a un livello elevato di tutela dell’ambiente e al miglioramento della sua qualità (art. 37), anche in relazione alla salute e alla sicurezza delle persone (COM, cit. 12).

⁽¹⁴⁾ ETUC, *ETUC reply to the Second phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work*, 2021, § IV.

⁽¹⁵⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 settembre 2021 su condizioni di lavoro eque, diritti e protezione sociale per i lavoratori delle piattaforme.

⁽¹⁶⁾ *Condizioni di lavoro dignitose nell’economia delle piattaforme*, 18 settembre 2020, SOC/645.

dall'art. 294 TFUE, che, com'è noto, contempla la possibilità di diversi passaggi dall'una all'altra istituzione⁽¹⁷⁾.

Il commento alla *proposta* della Commissione può, dunque, giovare del confronto con un nuovo testo - la *Proposta di Risoluzione legislativa del PE* del 3 maggio 2022⁽¹⁸⁾ (d'ora in avanti: *Proposta di Risoluzione* o *Draft European Parliament Legislative Resolution*) -, che è alla base dell'attuale discussione parlamentare all'interno dell'EMPL e che rappresenterà il punto di partenza per l'elaborazione del testo da trasmettere al Consiglio e, cioè, al vaglio degli Stati.

Nel prosieguo di questo contributo, si tenterà di mettere a confronto le parti più significative delle due proposte, anche perché numerose voci di commento si sono già levate sulla proposta della Commissione⁽¹⁹⁾.

È possibile sin d'ora anticipare che la *Proposta di Risoluzione* prova a spostare in avanti l'asticella delle tutele, incrementando, soprattutto, i diritti legati all'*algorithm management* attraverso un'applicazione più solida e generalizzata del principio di trasparenza e intellegibilità delle decisioni algoritmiche, che viene *esteso al di fuori del mondo delle piattaforme*. Tanto è vero che viene anche prospettata una modifica del titolo della Direttiva, non più soltanto riferito al miglioramento delle condizioni di lavoro nel *platform work* ma anche e in generale al lavoro soggetto a sistemi di monitoraggio e decisionali automatizzati⁽²⁰⁾.

Ebbene, per entrare nel merito della *proposta* della Commissione, è necessario, innanzitutto, chiarire a *quali piattaforme* e a *quali lavoratori* è riferito l'intervento; non prima di ricordare che la questione dell'ambito di applicazione della direttiva (*material and personal scope*) è stato uno dei principali argomenti affrontati nella fase di gestazione della *proposta*⁽²¹⁾.

Nella delimitazione dell'ambito di applicazione *soggettivo* (*personal scope*) – *i.e.* relativo ai lavoratori coperti – è infatti entrata in gioco la problematica individuazione di una base giuridica utile per intervenire sul lavoro autonomo.

Per tale ragione il documento con cui la Commissione ha aperto la II fase di consultazioni⁽²²⁾ prospettava diverse possibilità: dalla base giuridica generale contenuta nell'art. 352 TFUE (c.d. "clausola di flessibilità"), al più specifico art. 53, § 1, TFUE – che conferisce all'Unione il potere di emanare direttive sull'accesso e l'esercizio di attività autonome –, sino all'art. 114 TFUE, relativo all'adozione di misure di ravvicinamento delle

(17) Tale procedura prevede, com'è noto, una prima, eventualmente una seconda e persino una terza lettura nel caso in cui permangano divergenze fra le due istituzioni e debba intervenire il Comitato di conciliazione con un "progetto comune", la cui approvazione potrebbe, alla fine, non rendersi neppure possibile.

(18) *Draft European Parliament Legislative Resolution* (PR – PE731.497v01-00), relatrice E. Gualmini.

(19) V. nt.1.

(20) Mentre il titolo della proposta originaria è "*Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work*", il *Draft Resolution* aggiunge a quella prima parte: "...and work subject to automated or semi-automated monitoring and decision-making systems".

(21) Cfr. European Commission Consultation Document, *Second-phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work*, 15.6.2021, C(2021)4230 final

(22) C (2021) 4230, cit.

normative nazionali finalizzate a migliorare il funzionamento del mercato interno, il cui testo veniva richiamato soprattutto come base di intervento sul lavoro legato alle piattaforme transfrontaliere. Sta di fatto che nessuna di queste norme è ripresa dalla relazione di accompagnamento alla *proposta*, nella quale compare un unico riferimento, quello all'art. 16, § 2, TFUE, riguardante il tema del trattamento e della protezione dei dati delle persone fisiche. Come si vedrà, diritto alla protezione dei dati, principio di trasparenza delle decisioni algoritmiche e principio del controllo dell'uomo costituiscono i tre lati dell'immaginario recinto entro il quale la proposta edifica alcune delle tutele più significative per il lavoro autonomo.

Per ogni altro aspetto della regolazione, la direttiva si basa, invece, sull'art. 153, § 1, *lett. b*), TfUE, che conferisce all'Unione il potere di sostenere e completare l'azione degli Stati membri nel settore delle “condizioni di lavoro”, adottando, mediante direttive e secondo la procedura legislativa ordinaria, le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro (art. 153, § 2, *lett. b*).

Ma vediamo meglio come le scelte riguardanti l'ambito di applicazione della direttiva sono state articolate nel corpo della *proposta*.

a) Sul presupposto che il lavoro mediante piattaforma è tutt'altro che omogeneo, alla luce (i) dei *diversi tipi di piattaforme*, (ii) della *varietà delle attività lavorative* che vi possono essere collegate e (iii) dei *diversi status* di chi le svolge, la proposta delimita, innanzitutto, il proprio *material scope*.

Per la Commissione, la direttiva dovrebbe infatti riguardare solo quelle piattaforme – che il testo definisce “piattaforme di lavoro digitali” (*digital labour platforms*) – *fornitrici di un servizio* commerciale che soddisfino, cumulativamente, tre requisiti: a) sia fornito, almeno in parte, a distanza con *mezzi elettronici* quali un *sito web* o un *app*; b) sia fornito *su richiesta di un destinatario* del servizio; c) comporti quale *componente necessaria ed essenziale*, l'*organizzazione del lavoro svolto dalle persone fisiche*, indipendentemente dal fatto che tale lavoro sia svolto *on-line* o *on location* (art. 2, § 1, n. 1, *lett. c*)⁽²³⁾.

Nel Progetto di Linee-guida ancor più a chiare lettere si legge che le piattaforme che non organizzano il lavoro, ma funzionano semplicemente come *intermediarie*, non ricadono

⁽²³⁾ Sulla tassonomia delle piattaforme e sulla varietà di attività lavorative collegate, fra i numerosi rapporti: W.P. de Groen *et al.*, *Digital labour platforms in the EU. Mapping and business models. Final Report*, European Commission, 2021; ILO, *2021 Work Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, 2021; W.P. de Groen, Z. Kilhoffer, K. Lenaerts, I. Mandl, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Eurofound Research Report, 2018; nella dottrina nazionale si vedano almeno V. Brino, voce *Piattaforme digitali di lavoro*, in S. Borelli *et al.*, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, 2022, 163; A. Donini, *Piattaforme*, in M. Novella, P. Tullini (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, 2022, 25; M.T. Carinci, F. Dorssemont (a cura di), *Platform Work in Europe. Towards Harmonisation?*, Intersentia, 2021; A. Ingraio, *Il mercato delle ore di lavoro. Interposizione nei rapporti di lavoro autonomo*, Giuffrè, 2021, spec. cap. V; E. Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giustlavoristica*, ADAPT University Press, 2019; A. Donini, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bononia University Press, 2019.

nell'ambito di applicazione di quegli Orientamenti⁽²⁴⁾, cosicché i lavoratori che si avvalgono di quella intermediazione non fruiscono della deroga al divieto di intese anti-concorrenziali prevista, come si vedrà, dalle Linee-guida (v. *infra*, § 4).

La definizione proposta dalla Commissione viene, tuttavia, semplificata dal *Draft European Parliament Legislative Resolution*, che, pur mantenendo il duplice richiamo ai lavori *on-line* o “*in a certain location*”, suggerisce di dilatare l'ambito applicativo della direttiva, da una parte sopprimendo i tre requisiti, dall'altra, inserendo nella definizione l'esplicito riferimento a procedure di *intermediazione*, supervisione o organizzazione del lavoro; con l'effetto di includere nella definizione le piattaforme che si limitano a fornire un supporto informatico ai prestatori di servizi, agevolandone le transazioni e agendo da semplici intermediarie⁽²⁵⁾.

La modifica non è di poco conto poiché amplia il novero delle piattaforme interessate dalla direttiva generalizzando l'ambito di applicazione della nascente disciplina; si tratta di un ampliamento opportuno se si considera che nel vasto ed eterogeneo mondo delle piattaforme, le distinzioni non sono mai nette e che quasi sempre le piattaforme definiscono le regole degli scambi attraverso condizioni generali di contratto, coordinando il substrato tecnologico e le attività lavorative attraverso l'impiego di una organizzazione comunque unitaria e centralizzata, che finisce per lasciare poco spazio al mercato e alla libera concorrenza tra operatori⁽²⁶⁾.

b) Passando al secondo profilo dell'ambito di applicazione e, cioè, alla delimitazione dei lavoratori interessati (*personal scope*), va premesso che la *proposta* ambisce ad una copertura di *tutti* i lavoratori: autonomi, subordinati e appartenenti a categorie “terze”. Tanto è vero che l'art. 2 definisce sia la “persona che svolge un lavoro mediante piattaforma” (*person performing platform work*) – colei che svolge lavoro indipendentemente dalla qualificazione contrattuale e, dunque, dal suo *status* –, sia il “lavoratore della piattaforma” (*platform worker*), che è invece parte di un vero e proprio contratto di lavoro (*employment relationship*).

Se ne ricava che la proposta tenta di abbracciare l'intero universo del lavoro organizzato dalle piattaforme: dai più noti prestatori di servizi “in loco” (trasporto, consegna cibo o altra merce, lavoro domestico) – il cui *status* è maggiormente a rischio di *misclassification* - a quelli di attività *on-line*, di bassa, media o alta qualificazione; attività tra le quali si annoverano sia micro-attività (per esempio, di codifica dati, c.d. *clickworking*), sia più sofisticate attività professionali e creative (progettazione e architettura, grafica, *design*,

⁽²⁴⁾ Cfr. il punto 30, nel quale il riferimento ai tre requisiti richiamati nel testo (presenti nell'art. 2 della *proposta*) è seguito dalla precisazione: «Platforms which do not organise the work of individuals but simply provide a means through which the solo self-employed persons can reach end-users do not constitute digital labour platforms. For example, a platform that merely aggregates and displays the available service providers (e.g. plumbers) in a specific area, thereby allowing customers to use their services on demand is not considered a digital labour platform, as it does not organise the work of the service providers» (c.vi nostri).

⁽²⁵⁾ Sulla distinzione A. Ingraio, *op. cit.*, 130 ss.

⁽²⁶⁾ A. Donini, *Piattaforme*, cit., 31; G. De Nardo, *Platform work: legal categories and protection perspectives*, in A. Perulli, S. Bellomo (a cura di), *Platform work and work 4.0: new challenges for labour law*, Cedam, 2021, 3.

traduzione, creazione di contenuti digitali)⁽²⁷⁾, più idonee a collocarsi nell'area del lavoro genuinamente autonomo.

E tuttavia, a dispetto dell'apparente ampiezza del *personal scope*, è vero che la *proposta* intende, soprattutto, fronteggiare il rischio di *misclassification*, che la Commissione richiama ripetutamente nel documento di apertura della II fase di consultazioni. Anche alla luce del poderoso contenzioso sviluppatosi in tutta Europa (e non solo) sui più noti e percentualmente più numerosi lavoratori delle piattaforme (*riders* e *drivers*)⁽²⁸⁾, era evidente che «il nervo scoperto ruotasse intorno all'incertezza sullo status contrattuale dei lavoratori»⁽²⁹⁾.

Il principale intento della *proposta* è, dunque, quello di affrontare il problema del falso lavoro autonomo; ciò spiega perché il contenuto più pregnante dell'articolato risiede nell'agevolazione del riconoscimento della subordinazione come porta di accesso alle tutele.

Ciò è tanto vero che nella relazione di accompagnamento alla *proposta* si legge che «in linea di massima, la direttiva riguarda le persone che hanno, o che sulla base di una valutazione dei fatti si può ritenere che abbiano, un contratto di lavoro [subordinato] o un rapporto di lavoro quali definiti dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore negli Stati membri, tenuto conto della giurisprudenza della CGUE» e che «tale approccio è inteso a includere casi in cui la situazione occupazionale [...] non è chiara, compresi i casi di falso lavoro autonomo». Non a caso, il primo obiettivo dichiarato nel testo della *proposta* (art. 1) è di assicurare che tutti i soggetti che lavorano tramite piattaforma ottengano una corretta qualificazione del loro rapporto lavorativo (gli altri due obiettivi sono la promozione della trasparenza, dell'equità e della responsabilità nella gestione algoritmica del lavoro e il miglioramento della trasparenza del *platform work* anche nelle situazioni transfrontaliere).

La Commissione collega la priorità di quell'obiettivo ad un rilievo empirico: benché la maggior parte delle piattaforme attive in ambito UE⁽³⁰⁾ classifichi le persone come lavoratori autonomi³¹, i lavoratori autonomi “fittizi” sono, verosimilmente, molto numerosi (vicini alla soglia dei 5,5 milioni); alla luce di questi dati, l'impatto della *proposta* potrebbe essere quello di consentire, attraverso il meccanismo della “presunzione di subordinazione” (v. *infra*, § 2.1), la riclassificazione di un numero di lavoratori compreso tra 1,7 e 4,1 dei 5,5 milioni.

⁽²⁷⁾ Su queste ultime, A. Rota, *I creatori di contenuti digitali sono lavoratori?*, *LLI*, 2021, n. 2, I.

⁽²⁸⁾ Si contano circa cento decisioni su ciclo-fattorini e autisti emesse in tutto il mondo: cfr. ILAW, *Taken for a Ride: Litigating the Digital Platform Model*, 2021; V. De Stefano, I. Durri, C. Stylogiannis, M. Wouters, *Platform work and the employment relationship*, ILO Working Paper 27, March 2021.

⁽²⁹⁾ V. Brino, *op. cit.*, 154.

⁽³⁰⁾ Nove su dieci secondo la COM(2021)761, cit.

⁽³¹⁾ Cfr. V. De Stefano, I. Durri, C. Stylogiannis, M. Wouters, *Platform work*, *cit.*, 12 ss.

2.1. Il primo obiettivo della direttiva: scongiurare il rischio di *misclassification* garantendo la corretta determinazione dello *status* del lavoratore. La presunzione di subordinazione.

Le disposizioni volte a conseguire il primo dei tre obiettivi sono contenute nel Capo II della *proposta*. La norma di apertura (l'art. 3), nel ribadire la necessità di «garantire la corretta determinazione dello status occupazionale delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali» richiama, al § 2, il c.d. “principio del primato dei fatti” (*principle of the primacy of facts*), il cui rispetto è stato sollecitato dall'OIL sin dalla nota Raccomandazione sul rapporto di lavoro del 2006⁽³²⁾: «la determinazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro si basa principalmente sui fatti relativi all'effettiva esecuzione del lavoro [...] indipendentemente dal modo in cui il rapporto è classificato in un eventuale accordo». Tale principio, che afferma la prevalenza della fase esecutiva sul programma negoziale formalizzato dalle parti, è presente anche nel preambolo della Direttiva relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'UE⁽³³⁾ ed equivale al principio di “irrelevanza del *nomen iuris*” affermato dalla giurisprudenza italiana sul *discrimen* tra autonomia e subordinazione e ricorrente anche nella giurisprudenza di altri ordinamenti (con l'eccezione del Regno Unito, soprattutto delle sue alte corti)⁽³⁴⁾.

Più che su quel principio, è sul meccanismo della presunzione, però, che la Commissione propone di fare leva per scardinare i numerosi casi di *misclassification*, sul presupposto che quasi tutti i sistemi impongono a chi rivendica uno *status* di provarlo. Basti ricordare che nel nostro ordinamento, i fatti costitutivi della subordinazione (al pari di quelli che qualificano l'etero-organizzazione) devono essere allegati e provati dal ricorrente, come si ricava dai principi generali (art. 2697 c.c.) e come hanno ben mostrato le fasi di merito delle più note vertenze sui *riders* di *Foodora*, *Foodhino* e *Deliveroo*⁽³⁵⁾.

Gli artt. 4, § 1, e 5, §§ 1 e 2, declinano, pertanto, la presunzione legale (relativa) di natura subordinata del rapporto di lavoro delle persone che svolgono un lavoro tramite piattaforma nei seguenti termini: «Si presume che un rapporto contrattuale tra una piattaforma di lavoro digitale che controlla, ai sensi del paragrafo 2, l'esecuzione del lavoro

⁽³²⁾ Cfr. ILO, *Employment Relationship Recommendation, 2006, No. 198*; ILO, *The Employment Relationship*, International Labour Conference, 95th Session, 2006, 24-25; sulla Raccomandazione ampiamente V. De Stefano, I. Durri, C. Stylogiannis, M. Wouters, *Platform work*, cit.

⁽³³⁾ Dir. 2019/1152 (UE) del 20.6.2019, considerando 8, ultimo periodo: «opportuno che la determinazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro si fondi sui fatti correlati all'effettiva prestazione di lavoro e non si basi sul modo in cui le parti descrivono il rapporto».

⁽³⁴⁾ G. Davidov, M. Freedland, N. Kountouris, *The Subjects of Labor Law: “Employees” and Other Workers*, in Finkin, W. Matthew, Mundlak, Guy (eds) *Comparative Labor Law*, Edward Elgar Publishing, 2015.

⁽³⁵⁾ Le prime confluite nella nota decisione Cass. 24.1.2020, n. 1663; la seconda decisa da Trib. Palermo 24.11.2020; la terza da Trib. Milano 20.4.2022. Innumerevoli sono ormai i commenti a tali decisioni; per un'analisi del percorso giurisprudenziale sui *rider*, v. almeno F. Carinci, *Il percorso giurisprudenziale sui rider: da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020*, *ADL*, 2021, 1.

e una persona che svolge un lavoro mediante tale piattaforma sia un rapporto di lavoro [subordinato]». «Gli stati membri garantiscono la possibilità per ciascuna delle parti di confutare la presunzione legale [...]. Se la piattaforma di lavoro digitale sostiene che il rapporto contrattuale in questione non è un rapporto di lavoro [...] l'onere della prova incombe alla piattaforma di lavoro digitale».

Dagli estensori del testo, il meccanismo è stato preferito ad altre scelte regolative, che potevano diversamente raccogliere la sfida-chiave dell'*employment status*⁽³⁶⁾. Alcune di queste sono state scartate sin dalle prime fasi del processo di consultazione; così è stato per l'introduzione di un terzo *status* – *i.e.* di una categoria intermedia tra autonomia e subordinazione – che la Commissione ha escluso facendo leva sui limiti di competenza dell'Unione, ribadendo che con l'iniziativa non intendeva intervenire sulla nozione europea di "lavoratore", per rispettare le definizioni e le categorie previste dagli ordinamenti nazionali⁽³⁷⁾.

Altre soluzioni – discusse nelle fasi preparatorie della *proposta* e prospettate nel documento che ha aperto la seconda fase di consultazioni – sono state poi accantonate, o perché parzialmente sovrapponibili alla soluzione che è infine prevalsa (inversione dell'onere della prova e/o alleggerimento degli oneri probatori), o perché considerate di più dubbia efficacia (introduzione di meccanismi di certificazione simili al dispositivo della certificazione italiana o di procedure amministrative di riduzione del contenzioso giudiziario).

Un peso certamente decisivo nella scelta ha avuto la posizione della CES, che ha fortemente caldeggiato la presunzione di subordinazione, salutandola come una fonte di certezze attese da anni da prestatori di lavoro solitamente deboli e poco attrezzati nella rivendicazione dei loro diritti, per i quali la presunzione rappresenterà un meccanismo utile ad incrementare esiti favorevoli nei giudizi instaurati per il riconoscimento delle tutele legate ai rapporti di lavoro subordinato.

Giova aggiungere che la presunzione di subordinazione non è una novità proposta dalla Commissione; oltre a più deboli e (soggettivamente) limitate tecniche presuntive introdotte, di recente, in alcuni ordinamenti europei - in Portogallo, per gli operatori di trasporto⁽³⁸⁾, e in Spagna, per i *riders*⁽³⁹⁾ - la soluzione veniva già suggerita dall'OIL nel 2006

⁽³⁶⁾ «*The key challenge in platform work relates to employment status*» si leggeva nel documento di apertura della II fase di consultazioni.

⁽³⁷⁾ Contrarie si erano manifestate anche le parti sociali; non solo l'ETUC, ma anche molte associazioni dei datori di lavoro fra le quali EuroCommerce e WEC-Europe; condivide la scelta M. Barbieri, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, LLI, 2021, n. 2.

⁽³⁸⁾ Lei n. 45/2018, de 10 de Agosto.

⁽³⁹⁾ Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de Mayo di modifica dello *Estatuto de los Trabajadores (ET)*, nel cui testo è stata inserita una ventitreesima disposizione aggiuntiva). Il Real Decreto-Ley 9/2021 – cd. "legge sui riders" - ha rafforzato la presunzione di subordinazione già prevista dall'art. 8.1 *ET*, difficilmente applicabile, tuttavia, a causa della necessaria ricorrenza di indici (*dependencia* e *ajenidad*) la cui prova rimane necessaria perché la presunzione possa operare (F. Fita Ortega, *The "app-based" employment relationship. The Spanish case*, in M.T. Carinci, F. Dorssemont (a cura di), *Platform Work in Europe*, cit., spec. 111-112).

(Racc. n. 198/2006 sul rapporto di lavoro), come strumento utile a facilitare la determinazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro⁽⁴⁰⁾.

Ma vediamo meglio come è costruita la presunzione di subordinazione nella *proposta*.

Accantonata l'idea di applicarla alle sole situazioni in cui il rapporto di lavoro sia contraddistinto da una certa stabilità (*certain stability*)⁽⁴¹⁾, la *proposta* prevede che la presunzione scatti se la piattaforma «controlla, ai sensi del paragrafo 2, l'esecuzione del lavoro» (art. 4, § 1). Tale controllo «è inteso come caratterizzato dalla presenza di almeno due» degli elementi indicati nelle lett. *a-e* dello stesso § 2: «a) determinazione effettiva del livello della retribuzione o fissazione dei limiti massimi per tale livello; b) obbligo, per la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, di rispettare regole vincolanti specifiche per quanto riguarda l'aspetto esteriore, il comportamento nei confronti del destinatario del servizio o l'esecuzione del lavoro; c) supervisione dell'esecuzione del lavoro o verifica della qualità dei risultati del lavoro, anche con mezzi elettronici; d) effettiva limitazione, anche mediante sanzioni, della libertà di organizzare il proprio lavoro, in particolare della facoltà di scegliere l'orario di lavoro o i periodi di assenza, di accettare o rifiutare incarichi o di ricorrere a subappaltatori o sostituti; e) effettiva limitazione della possibilità di costruire una propria clientela o di svolgere lavori per terzi».

2.2. La subordinazione “presunta” tra aporie, ipotesi di modifica e alternative possibili

La formulazione sollecita alcune riflessioni sulla definizione di subordinazione riferita ai lavoratori delle piattaforme.

Dall'art. 4 emergono tratti diversi dalla più tradizionale nozione di lavoratore subordinato elaborata, com'è noto, dalla Corte di giustizia in funzione della libertà di circolazione a partire dal noto caso *Lawrie-Blum*⁽⁴²⁾. In base a quella giurisprudenza, «caratteristica essenziale del rapporto di lavoro subordinato è la circostanza 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» (punto 17). Successive pronunce hanno chiarito che la nozione di lavoratore subordinato è sostanzialmente basata su tre elementi⁽⁴³⁾: a) svolgimento di reale ed effettiva prestazione lavorativa avente valore economico; b) potere direttivo; c) remunerazione dell'attività⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. nella II parte della Raccomandazione, dedicata alla “Determinazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro”, il punto 11, *lett. b*).

⁽⁴¹⁾ Per considerazioni relative a tale condizione v. il documento che ha aperto la seconda fase di consultazioni.

⁽⁴²⁾ CgUe 3.7.1986, C- 66/85, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*.

⁽⁴³⁾ Indicati dalla stessa sentenza *Lawrie-Blum* al punto 18.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. la nota 5 del considerando 8, Dir. (UE) 2019/1152, nella quale si richiamano sentenze successive: CgUe 14.10.2010, C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère c. Premier ministre e altri*; CgUe 9.7.2015, C-229/14, *Ender Balkaya c. Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*; CgUe. 4.12.2014, C-413/13, *FNV*

Benché la nozione sia poi stata arricchita dalla Corte attraverso l'impiego di ulteriori elementi (per es., assenza di partecipazione ai rischi d'impresa, mancanza di libertà di scelta dell'orario o di libertà di avvalersi di subappaltatori o sostituti)⁽⁴⁵⁾, il nucleo elaborato con riguardo alla libera circolazione dei lavoratori non è mai stato abbandonato⁽⁴⁶⁾ ed è, anzi, diventato un "riferimento trasversale" in ambiti diversi dalla libera circolazione⁽⁴⁷⁾. Tale nucleo è stato utilizzato dalla Corte di giustizia anche in occasione di controversie sul "falso lavoro autonomo"⁽⁴⁸⁾, come ha dimostrato la nota sentenza *FNV*⁽⁴⁹⁾.

Ebbene, rispetto alla formula-base del *leading case Lawrie-Blum*, gli elementi utili a far presumere la subordinazione, *ex art. 4*, costituiscono una novità. Non solo perché il legislatore europeo si cimenta, per la prima volta, nella costruzione di una nozione di subordinazione-porta d'accesso all'area delle tutele – una nozione funzionale a garantire al lavoratore uno statuto protettivo, piuttosto che l'accesso al mercato comune del lavoro –, ma perché lo fa utilizzando un elenco di indici talmente articolato da far emergere un concetto troppo ampio o lasco⁽⁵⁰⁾ di subordinazione; una nozione quasi "onnivora" di subordinazione.

A dispetto del dato testuale – che indica quegli indici come elementi di "controllo dell'esecuzione del lavoro" –, è evidente che la Commissione abbia tentato di tenere conto delle diverse definizioni di subordinazione (o di *employment relationship*) forgiate dai legislatori e dalle Corti nazionali, nella consapevolezza che tali definizioni non si fondano sul solo *control test*. L'elenco degli indici contenuti nelle cinque lettere dell'art. 4 valorizza, infatti, tanto elementi di supervisione e controllo – utili, per l'appunto al *control test* –, quanto indici di integrazione del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa (utili al c.d. "*organization or integration test*")⁽⁵¹⁾, mostrando di seguire, per questo aspetto, anche una visione organizzativa della subordinazione⁽⁵²⁾.

Kunsten Informatie en Media c. Staat der Nederlanden; CgUe 17.11.2016, C-216/15, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH c. Ruhrlandklinik gGmbH*.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. la nota quanto discussa CgUe ord. 22.4.2020, C-692/19, *B c. Yodel Delivery Network Ltd*, spec. punti 31, 32 e 45.

⁽⁴⁶⁾ S. Giubboni, *Autonomia e subordinazione nel diritto del lavoro dell'Unione europea*, in S. Giubboni, *Diritto del lavoro europeo*, Wolters Kluwer, 2017, 121 ss.; da ultimo L. Battista, *L'evoluzione del concetto di lavoratore nel diritto dell'Unione europea*, in *ADL*, 2021, n. 3, I, 635.

⁽⁴⁷⁾ Per es., nel campo della tutela antidiscriminatoria, della salute e sicurezza dei lavoratori: cfr. M. Aimo, *Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l'Unione europea?*, in *Labor*, 2021, n. 4, 394-395, la quale cita, al riguardo, S. Robin-Olivier, *Chronique Politique sociale de l'Union européenne. Le droit social de l'Union est-il capable de réduire la fragmentation de la catégorie des travailleurs?*, in *RTDEur*, 2012, n. 2, 480.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. C. giust. 13 gennaio 2004, causa C-256/01, *Debra Allonby c. Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional e Secretary of State for Education and Employment*

⁽⁴⁹⁾ CgUe 4.12.2014, C-413/13 cit. a nt. 44.

⁽⁵⁰⁾ Così lo definisce S. Giubboni, *La proposta di direttiva*, cit.

⁽⁵¹⁾ G. Davidov, M. Freedland, N. Kountouris, *op. cit*

⁽⁵²⁾ A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021, 6; conforme, S. Giubboni, *La proposta di direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale*, cit.

Basti pensare ai riferimenti (i) alle limitazioni della libertà organizzativa indicate dalla lett. *d* (limitazioni della libertà di organizzare il proprio lavoro, in particolare della facoltà di scegliere l'orario di lavoro o i periodi di assenza, di accettare o rifiutare incarichi ma anche di ricorrere a subappaltatori o sostituti) e (ii) al rispetto di «regole vincolanti specifiche per quanto riguarda l'aspetto esteriore, il comportamento nei confronti del destinatario del servizio o l'esecuzione del lavoro» (lett. *b*): riferimenti che, sia nell'uno che nell'altro caso, inoculano nella nozione di subordinazione elementi di etero-organizzazione. O, ancora, alla limitazione della possibilità di costruire una propria clientela o di svolgere lavori per terzi (lett. *e*), che valorizza l'indice della dipendenza quasi-esclusiva da un soggetto, elemento notoriamente sintomatico di “dipendenza economica” più che di soggezione al potere direttivo; criterio, dunque, “*quantitativo-esterno*” al rapporto, piuttosto che *interno* alla relazione contrattuale, com'è invece l'etero-direzione⁽⁵³⁾.

Vanno anche segnalate due aporie nel testo della *proposta*.

La prima è che la definizione di subordinazione utile a far scattare la presunzione è accompagnata dall'elusione di una definizione generale di *lavoratore (subordinato) delle piattaforme digitali*; una scelta sulla quale ha certamente pesato l'idea (sostenuta anche dalle parti sociali) di non poter intervenire sulla nozione europea di “lavoratore”, per rispettare – alla luce del principio di sussidiarietà – le competenze degli Stati membri e la diversità di soluzioni adottate dagli ordinamenti nazionali nella determinazione degli *status* di lavoratore dipendente e autonomo.

In omaggio a tale idea, il testo della *proposta* rinvia alle definizioni nazionali: è «lavoratore delle piattaforme digitali” [...] qualsiasi persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali e ha un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore negli Stati membri, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia» (art. 2, § 1, n. 4).

Viene così riproposta quella nozione “sussidiaria” di subordinazione che, attraverso il rinvio ai diritti nazionali, è impiegata per delimitare l'ambito di applicazione della maggior parte delle direttive in materia sociale⁽⁵⁴⁾ e che la stessa direttiva sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (Dir. UE 2019/1152) ha ripreso, a dispetto del tentativo di inserire in quel testo un'autonoma e specifica nozione europea di lavoratore allineata alla formula *Lawrie-Blum*.

Ebbene, la scelta di non codificare quest'ultima formula è sostanzialmente riprodotta dalla nuova *proposta*, nella quale si disvela, però, un'aporia: da una parte *non si definisce* il lavoratore delle piattaforme digitali (ma si rinvia al diritto, ai contratti e alle prassi degli ordinamenti nazionali), dall'altra si stabilisce che si presume subordinato, e che, pertanto, è di natura subordinata (sino a prova contraria) «il rapporto contrattuale tra una piattaforma di lavoro digitale che controlla, ai sensi del paragrafo 2, l'esecuzione del lavoro e una

⁽⁵³⁾ Cfr. A. Perulli, *op. cit.*, 120

⁽⁵⁴⁾ S. Giubboni, *Autonomia e subordinazione nel diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit.; da ultimo, Id., *Note sparse sugli usi della nozione euro-unitaria di subordinazione nell'ordinamento interno*, RIDL, 2022, I, 55.

persona che svolge un lavoro mediante tale piattaforma». E che sono sufficienti due degli indici indicati perché quel rapporto si consideri subordinato.

La seconda aporia è legata alla previsione dell'art. 5, § 2, riguardante la confutazione della presunzione e per il quale spetta alla piattaforma provare che «il rapporto contrattuale in questione non è un rapporto di lavoro quale definito dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore nello Stato membro in questione, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia». La conseguenza, come giustamente notato, è che in caso di approvazione della *proposta* «avremo una presunzione relativa di subordinazione, di diritto euro-unitario, che però potrà essere superata in ventisette modi diversi»⁽⁵⁵⁾.

Non è facile prevedere le sorti di questa delicata parte del progetto ma forse non è realistico aspettarsi che, nell'iter di approvazione della *proposta*, si provveda ad una più coraggiosa definizione di *lavoratore (subordinato) delle piattaforme*. Tanto più che la *Proposta di Risoluzione* del Parlamento sembra fare un passo indietro rispetto alla *proposta* della Commissione, mantenendo, sì, la presunzione, ma eliminando dal corpo della direttiva la lista degli indici⁽⁵⁶⁾. Questi ultimi vengono retrocessi in uno dei “considerando” (il 25°), nel quale l'elenco viene anche ampliato e – come espressamente dichiarato - ispirato alla giurisprudenza (europea e nazionale/i) e alla Racc. OIL n. 198/2006 sul rapporto di lavoro. La lista diventa, dunque, esemplificativa, sia per la collocazione che per le espressioni impiegate all'interno del considerando, nel quale compaiono la dicitura «*for instance*» e la precisazione che «*that list is not exhaustive*».

Passando all'elenco, risalta, da una parte, la scomparsa dell'elemento indicato dalla lett. e) – che, come si è visto, è sostanzialmente un indice di dipendenza economica -, dall'altra il maggior numero di elementi riconducibili all'uso di algoritmi; indice di subordinazione è, per esempio, l'impiego di sistemi di *customer rating* o di accesso al lavoro sulla base di *internal rankings*.

L'impressione generale è che, rispetto al testo della Commissione, la *Proposta di Risoluzione* curvi maggiormente la nozione di subordinazione verso elementi di «subordinazione tecnologica/informativa»⁽⁵⁷⁾ - oltre che informatica -, utilizzando indici, non solo di supervisione, controllo ed etero-direzione ma anche di soggezione all'uso di algoritmi; indici che tratteggiano nuovi aspetti della subordinazione, legati allo strumento tecnologico e a contesti organizzativi sempre più digitalizzati e dematerializzati⁽⁵⁸⁾.

Un'ultima considerazione può compiersi a margine delle diverse versioni di presunzione proposte nei due testi.

⁽⁵⁵⁾ M. Barbieri, *Prime osservazioni*, cit., 10.

⁽⁵⁶⁾ L'emendamento proposto al testo dell'art. 4, § 2, è infatti il seguente: «*The contractual relationship between a digital labour platform, and a person performing platform work through that platform shall be legally presumed to be an employment relationship. To that effect, Member States shall establish a framework of measures, in accordance with their national legal and judicial systems*».

⁽⁵⁷⁾ L. Zappalà, *Le condizioni di lavoro nelle piattaforme*.

⁽⁵⁸⁾ E. Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo*, cit., 67-68; in questa prospettiva già le pagine di G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, PD, 1986, 75.

Non si può negare che l'eliminazione dell'elenco degli indici nella versione del *Draft European Parliament Resolution* risolva le aporie visibili nel testo della Commissione, con una scelta nettamente orientata, tuttavia, a salvaguardare le definizioni nazionali di subordinazione⁽⁵⁹⁾. L'idea seguita è che l'elenco rischia, da una parte, di non essere esaustivo, dall'altra di cristallizzare per via legislativa i criteri di individuazione della subordinazione, irrigidendone la nozione. È indubbio, d'altra parte, che l'eliminazione degli indici consentirebbe, in sede di trasposizione, di adattare la presunzione ai sistemi nazionali. Ogni ordinamento potrebbe far funzionare la presunzione seguendo i propri criteri interni di definizione dell'area protetta (i.e. quella dell'*employment relationship*) e le linee di confine fra autonomia e subordinazione tracciate dalle proprie legislazione e giurisprudenza.

È anche vero, però, che la soluzione proposta dal documento preparatorio della discussione parlamentare comporta una definitiva rinuncia del legislatore europeo ad armonizzare la nozione di *lavoratore subordinato delle piattaforme*, che, rinviata ai sistemi nazionali, corre il rischio opposto a quello di una cristallizzazione, che è quello di un'eccessiva frammentazione, con effetti applicativi della presunzione non omogenei, soprattutto nei casi di "a-territorialità" della piattaforma – casi che la proposta indica come «*cross-border situations*».

La "a-territorialità" della piattaforma potrebbe infatti essere "sfruttata" per l'individuazione della legge nazionale - e, dunque, della nozione di lavoratore subordinato – applicabile ai rapporti tra la piattaforma e i prestatori di lavoro; legge che in base alle regole del diritto internazionale privato è individuata, innanzitutto, dalle parti (art. 3, § 1 e 8 Reg. Roma I)⁽⁶⁰⁾. Nella maggioranza dei casi, tale scelta è unilateralmente compiuta e specificata dalla piattaforma nei propri termini e condizioni generali e spesso coincide con il luogo in cui la piattaforma ha sede legale⁽⁶¹⁾. È vero che – sempre secondo il Reg. Roma I (art. 8, § 1) - la scelta delle parti non può privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle disposizioni inderogabili presenti nella disciplina nazionale che, in mancanza di quella scelta, sarebbe stata applicabile secondo i criteri sussidiari – *in primis* quello della *lex loci laboris* - individuati dai §§ 2, 3 e 4 dell'art. 8⁽⁶²⁾; ed è verosimile che proprio le norme sulla subordinazione rientrino fra le «disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» (*ex art. 8, § 1*). Certo è però che la disciplina (e, dunque, la definizione della subordinazione) applicabile nei casi in cui insorgessero controversie giudiziarie sullo *status* non sarebbe di chiara individuazione.

⁽⁵⁹⁾ Si legge nel 25° considerando che «*those elements (...) take into account national concepts of the employment relationship*».

⁽⁶⁰⁾ Reg. (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17.6.2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

⁽⁶¹⁾ Su tali profili ampiamente A. Loffredo M. Tufo, *Lavoro e impresa digitale tra norme nazionali ed economia transnazionale*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 405/2019, 23 ss.

⁽⁶²⁾ La *lex loci laboris* (secondo il § 2); la legge del paese nel quale si trova la sede che ha assunto il lavoratore (secondo il § 3) e la legge del paese col quale il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto (secondo il § 4).

Diverso e più omogeneo potrebbe essere l'esito applicativo della presunzione se un'unica nozione di *lavoratore subordinato delle piattaforme* venisse introdotta dal legislatore europeo, come nozione *specific*a di subordinazione e, cioè, *solo con riguardo al platform work*, ma con ricadute vincolanti per i legislatori nazionali.

Anche a voler tener conto delle obiezioni mosse da quanti ritengono che il legislatore europeo non possa intervenire sulla nozione di lavoratore subordinato, può aggiungersi che il rispetto delle competenze degli Stati membri e del principio di sussidiarietà – argomento eretto a difesa della necessaria astensione del legislatore europeo da una definizione *generale* di lavoratore subordinato⁽⁶³⁾ – è garantito anche dall'esercizio di competenze di supporto, dato che l'Unione può sempre intervenire «se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri» e possono, invece, più efficacemente essere raggiunti a livello di Unione (art. 5, § 3, TUE) e che proprio in materia sociale «l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri» (153, § 1). Esiste, del resto, la garanzia che i progetti di atti legislativi europei siano sempre motivati con riguardo ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità⁽⁶⁴⁾.

Si aggiunga che l'interpretazione del principio di sussidiarietà fornita dalla Corte di Giustizia sin dal 1996 (in occasione della nota vertenza riguardante la Direttiva n. 93/104) – per la quale il rispetto di quel principio è garantito ogniqualvolta sia constatata la necessità di migliorare «il livello esistente di tutela (...) e di armonizzare, in una prospettiva di progresso le condizioni» con un'azione di dimensioni comunitarie⁽⁶⁵⁾ – fa sì che il medesimo principio non si presti più ad essere utilizzato «per contrastare ogni volontà di approfondimento della dimensione sociale europea»⁽⁶⁶⁾.

Ed allora, la soluzione auspicabile – che, tuttavia, non trova (e difficilmente troverà) riscontro nel testo della Direttiva – non solo sarebbe quella di mantenere un elenco di indici, ma *anche* di provvedere ad una definizione *unitaria* (*rectius*: euro-unitaria) di *lavoratore subordinato delle piattaforme*, armonizzando la nozione di subordinazione-soglia di accesso alle tutele nel *platform work* e risolvendo entrambe le aporie segnalate⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶³⁾ In sede di commento alla proposta di Direttiva, l'argomento è ripreso da P. Tosi, *Riflessioni brevi*, cit., 2, per il quale «non esiste, né può esistere una nozione comunitaria di lavoratore subordinato, essendo essa lasciata alla “sussidiarietà”, cioè ai legislatori nazionali».

⁽⁶⁴⁾ *Protocollo sull'applicazione del principio di sussidiarietà*, art. 5.

⁽⁶⁵⁾ CgUe 12.11.1996, C-84/94.

⁽⁶⁶⁾ M. Roccella, T. Treu, M. Aimo, D. Izzi, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, 2019.

⁽⁶⁷⁾ Tanto più che l'idea, più generale, che il diritto Ue preveda una *nozione di lavoratore* – sia pure di “*worker*” (piuttosto che di “*employee*”), al fine di attribuire una base minima di diritti ai lavoratori potenzialmente rientranti in questa categoria (*worker*) – è oggi discussa con argomenti e proposte tutt'altro che peregrini, che suggeriscono di prevedere, fra gli elementi qualificanti di quella nozione, proprio l'etero-organizzazione, il controllo algoritmico e la personalità della prestazione: P. Sanz de Miguel, T. Bazzani, J. Arasanz, *The definition of worker in the platform economy: Exploring workers' risks and regulatory solutions*, EESC Study, 2021.

3. Diritti oltre la subordinazione: il *management* algoritmico

Al di là dell'operazione di qualificazione del rapporto e del privilegio accordato alla subordinazione come categoria di accesso alle tutele, esiste, nel testo, uno "statuto di diritti" che va *oltre* la subordinazione⁽⁶⁸⁾ e che riguarda *tutto* il lavoro legato alle piattaforme. Si tratta delle disposizioni sul *management* algoritmico (Capo III) e di quelle – collocate dopo le due norme sulla trasparenza (Capo IV, artt. 11-12) – sui rimedi e sull'*enforcement* (Capo V).

È a *tutti* i lavoratori (e così «anche alle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali e che non hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro»: art. 10, § 1) che si applicano, per espresso rinvio dell'art. 10, le disposizioni contenute negli artt. 6, 7 e 8, con un'unica esclusione, a dire il vero poco comprensibile – l'art. 7, § 2 –, che riguarda la valutazione dei rischi, l'introduzione di misure di prevenzione e protezione in materia di salute, sicurezza e ambiente di lavoro nonché le indebite pressioni sui lavoratori dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati; previsioni - queste ultime - che si applicano ai soli lavoratori che hanno un contratto di lavoro subordinato.

Opportunamente, la *Proposta di Risoluzione* generalizza il rinvio, suggerendo di applicare quelle disposizioni «anche alle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali e che non hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro».

Nell'ottica di una complessiva rivisitazione della normativa sul controllo algoritmico, la *Proposta di Risoluzione* estende le stesse previsioni (artt. 6, 7, 8 e 9) al lavoro prestato a *tutte* le imprese che utilizzano algoritmi, non solo alle piattaforme digitali.

Venendo alle disposizioni che già la proposta originaria considerava di applicazione generale, quelle contenute nell'art. 6 riconoscono, innanzitutto, diritti di informazione *individuali* che vanno oltre il semplice e generico diritto ad essere «pienamente e tempestivamente informati per iscritto» della Direttiva (UE) 2019/1152, già applicabile ai lavoratori delle piattaforme⁽⁶⁹⁾.

I nuovi diritti (di informazione, accesso, rettifica, cancellazione e reclamo) incrementano anche quelli previsti dal Regolamento generale sulla protezione dei dati (Regolamento UE 2016/679, da ora in poi: GDPR), che, com'è noto, riguarda prevalentemente i dati personali, mentre le poche disposizioni del GDPR sui diritti di informazione legati ai processi decisionali automatizzati (art. 13, lett. f, art. 15, lett. h) sono, in quel testo, più scarse e meno dettagliate.

⁽⁶⁸⁾ G. Bronzini, *Dall'operaio massa al lavoratore digitale: quale modello per un nuovo Statuto? Riflessioni a partire da un recente Volume per il cinquantenario della legge del 1970*, *Quest. giustizia*, 9 aprile 2022.

⁽⁶⁹⁾ Solo se – si badi bene – si tratta di lavoratori subordinati mentre «i lavoratori effettivamente autonomi non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione delle presente direttiva» (considerando n. 8). Sui margini di adattamento della Direttiva (UE) 2019/1152 ai lavoratori delle piattaforme, L. Zappalà, *Le condizioni di lavoro nelle piattaforme: quale strategia europea di tutela del lavoro digitale?*, *Professionalità Studi*, 2021, n. 1, spec. 9-10.

L'art. 6 della nuova *proposta* impone, invece, alle piattaforme di informare tutti i lavoratori delle caratteristiche e dell'uso (a) dei sistemi di monitoraggio (*i.e.* di controllo) automatizzati nonché (b) dei sistemi decisionali automatizzati in grado di incidere sulle condizioni di lavoro (per esempio, sull'accesso agli incarichi, sui guadagni, sulla salute e la sicurezza sul lavoro, sull'orario di lavoro, sulla promozione e la situazione contrattuale, compresa la limitazione, la sospensione o la chiusura dell'*account*).

A tali diritti la disposizione aggiunge diritti alla riservatezza dei dati che incrementano quelli previsti dal GDPR; il § 5 esplicita, per esempio, il divieto di trattare i dati personali relativi allo stato emotivo o psicologico del lavoratore, alla salute, a conversazioni private, compresi gli scambi con i rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme, nonché il divieto di raccogliere dati quando il lavoratore non sta svolgendo lavoro mediante piattaforma o non si sta offrendo per svolgerlo.

L'oggetto delle informazioni si presenta, dunque, più ampio rispetto a quello delle norme del GDPR: le informazioni riguardano sia l'introduzione che l'uso dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, le categorie di azioni monitorate, supervisionate o valutate (anche da parte dei clienti), le categorie di decisioni e i principali parametri che i sistemi impiegano per assumerle.

Parimenti applicabili a tutti i lavoratori sono le norme (a) sul monitoraggio umano dei sistemi automatizzati (art. 7); (b) sul diritto alla motivazione delle decisioni prese o sostenute da tali sistemi; (c) sul diritto a richiedere chiarimenti sulle circostanze e i motivi di tali decisioni ad una «persona di contatto designata dalla piattaforma» (art. 8, § 1); (d) sul diritto al riesame delle decisioni prese o sostenute dai sistemi automatizzati e (e) alla rettifica di tali decisioni in caso di violazione di diritti del lavoratore e, qualora la rettifica non sia possibile, ad una adeguata compensazione (art. 8, §§ 2 e 3).

È evidente che la finalità principale di questa serie di disposizioni è di rimediare alla frequente mancanza di trasparenza degli algoritmi, contrastandone l'“opacità”⁽⁷⁰⁾ e i possibili effetti discriminatori⁽⁷¹⁾.

L'applicazione del principio di trasparenza e intellegibilità delle decisioni agli algoritmi utilizzati dalle piattaforme - in linea con i contenuti degli artt. 13, 15 e 22, § 3 (sul diritto all'intervento umano nei casi di trattamenti automatizzati), del GDPR⁽⁷²⁾ - rappresenta un efficace “anticorpo regolativo”, utile a ridurre le asimmetrie informative create dall'uso di tali strumenti ⁽⁷³⁾.

⁽⁷⁰⁾ G. Gaudio, *L'algoritmico management e il problema della opacità algoritmica nel diritto oggi vigente e nella Proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni dei lavoratori tramite piattaforma*, *Labor*, 2022, n. 1.

⁽⁷¹⁾ Sulla nota vicenda dell'algoritmo FRANK della piattaforma Deliveroo e su Trib. Bologna ord. 31.12.2020, si veda, per tutti, M. Barbera, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, *LLI*, 2021, n. 1, I.; M.V. Ballestrero, *Ancora su rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, *Labor*, 2021, 104; L. Fassina, *L'algoritmo Frank, cieco ma non troppo*, *LDE*, 2021, n. 1.

⁽⁷²⁾ A. Ingraio, A. Donini, *Algoritmi e lavoro*, “Itinerario di ricerca” visionabile alla pagina Internet: <https://www.labourlawcommunity.org/author/annamaria-donini/>.

⁽⁷³⁾ G. Gaudio, *L'algoritmico management*, cit., 6.

Se il riconoscimento dei diritti *individuali* di informazione è apprezzabile e generalizzato, poco condivisibile appare la scelta della Commissione di applicare al solo lavoro subordinato le disposizioni sui diritti di informazione/consultazione *collettivi* previsti dall'art. 9, che li riconosce in relazione alle decisioni che riguardano «l'introduzione o modifiche sostanziali nell'uso dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati».

Quest'ultima disposizione, che nel testo della *proposta* non forma oggetto del rinvio contenuto nell'art. 10, dovrebbe invece applicarsi anche al lavoro autonomo secondo la *Proposta di Risoluzione*, che opportunamente supera le resistenze sottese alla *proposta* della Commissione e legate al riconoscimento dei diritti collettivi al di fuori della subordinazione.

Un diverso ordine di considerazioni riguarda il contenuto dei diritti di informazione/consultazione. Nonostante l'ampiezza (ricavabile soprattutto dall'art. 6), la direttiva non arriva a riconoscere ai rappresentanti dei lavoratori *il diritto di richiedere e ottenere interventi correttivi sui sistemi automatizzati*; un diritto che, laddove esercitato, potrebbe, certo, generare una intromissione nell'organizzazione dell'impresa-piattaforma (dato che l'algoritmo è un mezzo immateriale dell'organizzazione), ma costituire, al tempo stesso, un buon esempio di prassi partecipative, spingendo le tutele oltre il riconoscimento del semplice diritto *individuale* al riesame (ed eventualmente alla rettifica) delle decisioni (previsto dall'art. 8, §§ 2 e 3).

3.1. (segue) le disposizioni sui rimedi e l'*enforcement*

Ulteriori tutele apprestate oltre la subordinazione sono contenute nel Capo V, sugli strumenti rimediali e l'*enforcement*.

Fra le più significative si annoverano l'art. 14, sulla legittimazione ad agire dei rappresentanti di *tutte* le persone che svolgono lavori mediante piattaforma (e non solo dei lavoratori subordinati)⁽⁷⁴⁾, e l'art. 15, che impone agli Stati di garantire che le piattaforme consentano – ancora una volta a *tutte* le persone che svolgono lavori mediante piattaforma – «di contattarsi e comunicare tra loro e di essere contattate dai rappresentanti» proprio attraverso l'infrastruttura digitale della piattaforma (o tramite mezzi altrettanto efficaci) e che questo avvenga senza che la piattaforma acceda a tali contatti e comunicazioni e li monitori.

Un riferimento particolare merita l'art. 16, sui poteri istruttori del giudice, il quale, nelle controversie riguardanti la corretta identificazione dello *status* del lavoratore, può ordinare la produzione di prove che contengano informazioni riservate (purché pertinenti il ricorso), ivi compresi – come si chiarisce nella relazione di accompagnamento alla *proposta*

⁷⁴ Sulle nuove e complesse modalità di aggregazione degli interessi e della rappresentanza nel mondo del *platform work*, G.A. Recchia, *Alone in the crowd? La rappresentanza e l'azione collettiva ai tempi della sharing economy*, RGL, 2018, n. 1, I, 141.

– i dati riguardanti gli algoritmi⁽⁷⁵⁾. Dal 33° considerando si ricava, tuttavia, un limite all'esercizio di tali poteri, che deriva dalla (eventuale) esistenza di segreti commerciali o di diritti di proprietà intellettuale, con la precisazione che tale limite non può tradursi in un diniego a fornire le informazioni richieste dalla direttiva⁽⁷⁶⁾.

I due enunciati - l'art. 16 e il considerando - evocano, senza risolverli, problemi di difficile bilanciamento fra interessi all'accertamento della verità materiale, nelle controversie e nel processo (anche alla luce del riconoscimento del diritto ad un ricorso effettivo da parte dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue), e interessi della sfera economico-imprenditoriale al segreto e alla proprietà intellettuale – che, stando al tenore letterale delle due previsioni, finiranno per essere risolti dalle norme di diritto processuale e di diritto commerciale dei singoli Stati⁽⁷⁷⁾.

Ad ambito soggettivo ampio sono anche le due disposizioni che tutelano le persone che lavorano mediante piattaforma di fronte a qualsiasi trattamento o conseguenza sfavorevole derivante da reclami promossi al fine di far rispettare i diritti previsti dalla direttiva (art. 17) e sul divieto di licenziamento o *suo equivalente*, sempre che si tratti di provvedimenti determinati dall'esercizio dei diritti previsti dalla direttiva (art. 18, § 1). Non si può fare a meno di osservare, tuttavia, che la tutela è qui limitata, dato che il divieto è previsto nei soli casi in cui la disconnessione costituisca un provvedimento ritorsivo. Né è garantito un preavviso minimo di disconnessione, a prescindere dalle ragioni che sorreggono la decisione di licenziare o adottare provvedimenti equivalenti.

Indipendentemente dallo *status*, la piattaforma ha inoltre l'obbligo di motivare ogni decisione di estromissione del lavoratore dal sistema (art. 18, § 2). L'occhio è ovviamente rivolto ai frequenti provvedimenti sanzionatori di disconnessione dell'account, adottati a discrezione del gestore della piattaforma (c.d. *digital cold dismissal*) in conseguenza di determinate condotte del lavoratore e, solitamente, sulla base di sofisticati sistemi di *rating* che incidono sulla valutazione delle prestazioni lavorative⁽⁷⁸⁾.

⁷⁵ Per suggerimenti applicativi che, alla luce di questa disposizione, potrebbero riguardare l'uso dei poteri istruttori nel nostro ordinamento v. ancora G. Gaudio, *L'algoritmico management*, cit., spec. 12-13.

⁽⁷⁶⁾ Per un approfondimento delle questioni v. M. Peruzzi, *Questioni probatorie e processuali nella proposta di Direttiva sul lavoro tramite piattaforma*, LDE, 2022, n. 2 (in corso di pubblicazione).

⁽⁷⁷⁾ Su tale necessario bilanciamento, con riferimenti anche alla giurisprudenza della CgUe, v. ancora M. Peruzzi, *op.ult. cit.*

⁽⁷⁸⁾ Per un'analisi dei casi che hanno impegnato la giurisprudenza italiana, S. Borelli, voce *Disconnessione, subita dal lavoratore*, in S. Borelli *et al.*, *op. cit.*, 94.

4. Il Progetto di linee-guida sul rapporto fra diritto europeo della concorrenza e accordi collettivi sulle condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi privi di dipendenti: dal “functional approach” della Corte di giustizia al “risk-based approach” della Commissione.

Resta da chiedersi se le tutele apprestate *oltre* la subordinazione siano sufficienti e se lo sforzo di costruire una base universalistica di diritti possa essere incrementato e come.

Se qualcosa si è fatto, è innegabile che qualcosa resti ancora da fare. Si è visto come nella *proposta* originaria le tutele dei lavoratori autonomi riguardino prevalentemente la riservatezza, il *management* algoritmico e i diritti *individuali* di informazione, mentre vi sono significative lacune sul terreno dei diritti collettivi e dei diritti previdenziali.

Per alcuni di questi aspetti – per il diritto di contrattazione collettiva, in particolare – la proposta di direttiva va inquadrata nel contesto dell’intero “pacchetto” e affiancata al Progetto di Comunicazione della Commissione contenente Linee-guida sul rapporto fra diritto della concorrenza e accordi collettivi sulle condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi privi di dipendenti (*self-employed without employees* o *solo self-employed*).

Il Progetto è frutto di un’iniziativa sulla promozione della contrattazione collettiva per i lavoratori autonomi annunciata dalla Commissione sin dall’inizio del 2021⁽⁷⁹⁾ e propone una deroga al divieto di intese anti-concorrenziali previsto dall’art. 101 TfUE, che, com’è noto, vieta «tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all’interno del mercato interno»⁽⁸⁰⁾.

L’iniziativa trova ragione nell’“approccio funzionale” che la CgUe ha adottato per definire la nozione di impresa utile ai fini dell’applicazione delle disposizioni dei Trattati sulla concorrenza (artt. 101-109 TfUE). Quella nozione è stata infatti interpretata dalla Corte in termini molto ampi - più come “*opus*” che come organizzazione produttiva di beni o servizi con finalità di lucro⁽⁸¹⁾ - come mostrano pronunce ormai risalenti⁽⁸²⁾, recentemente

⁽⁷⁹⁾ L’annuncio, avvenuto il 6 gennaio 2021, ha dato seguito ad una consultazione pubblica, avviata il 5 marzo 2021, *Contratti collettivi per lavoratori autonomi. Campo di applicazione delle norme dell’UE in materia di concorrenza*.

⁽⁸⁰⁾ N. Countouris, V. De Stefano, I. Lianos, *The EU, Competition Law and Worker’ Rights*, CLES Research Paper Series 2/2021 i quali suggeriscono di incentrare sulla nozione di “lavoro prevalentemente personale” (“*predominantly personal work*”) la ridefinizione del l’ambito di applicazione del diritto fondamentale di contrattazione collettiva; in argomento v. anche O. Razzolini, *Collective action for self-employed workers: a necessary response to increasing income inequality*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 155/2021.

⁽⁸¹⁾ M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Giuffrè, 2014, 69. Sul punto si consenta pure il rinvio ad A. Alaimo, *Articles 101-106 TFEU, International and European Labour Law* (ed. by E. Ales, M. Bell, O. Deinert, S. Robin-Olivier), NOMOS Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2017, 95.

⁽⁸²⁾ CgUe 12.9.2000, C-180/98 e C-184/98 *Pavel Pavlov and others v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, che ha considerato imprese i medici specialisti, i quali, per la Corte, «svolgono un’attività economica e, pertanto, costituiscono imprese ai sensi degli artt. 85, 86 e 90 del Trattato, senza che la natura

confermate dalla più nota sentenza sul caso *FNV*, con la quale la Corte ha ribadito che «i prestatori di servizi (...) sono, in linea di principio, "imprese" ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE»⁽⁸³⁾. Ciò ha comportato l'estensione del divieto di intese e accordi collettivi – ex art. 101 TfUe - anche ai lavoratori autonomi, con una sola, pur rilevante, eccezione: quella – che si legge nella sentenza *FNV* – dei “falsi lavoratori autonomi”.

Ebbene, il Progetto di Linee-guida della Commissione, superando il “*functional approach*” della CgUe, propone di ridimensionare quel divieto, sottraendo *alcuni* di quegli accordi alla “spada di Damocle” del diritto europeo della concorrenza e, cioè, riconoscendo ad *alcuni* lavoratori autonomi – proprio perché non assimilabili alle imprese, ma ai *workers* – il diritto di contrattare collettivamente le condizioni di lavoro (*in primis* quelle economico-retributive). Lavoratori autonomi destinatari di quella deroga – oltre ai lavoratori autonomi economicamente dipendenti (*economically dependent solo self-employed persons*) e a quelli che lavorano “*side-by-side*” con i *workers* (*solo self-employed persons working “side-by-side” with workers*) – sarebbero proprio i lavoratori autonomi delle piattaforme (*solo self-employed persons working through digital labour platform*).

Il Progetto di Linee-guida prevede, pertanto, che la Commissione non interverrà - nell'esercizio dei poteri che le sono conferiti (dall'art. 105 TfUe) e che riguardano proprio la vigilanza sul rispetto dei principi fissati dagli artt. 101 e 102 – contro determinate categorie di *collective agreements*. In sostanza, *alcuni* contratti collettivi, riguardanti *alcune categorie* di lavoratori autonomi privi di dipendenti, non dovrebbero più ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TfUe ma beneficiare della cd. “eccezione *Albany*”⁽⁸⁴⁾. Pertanto, come si legge nella proposta di Linee-guida, «for the purposes of these Guidelines, the Commission considers that the following categories of solo self-employed persons are in a situation comparable to that of workers and that collective agreements concluded by them therefore fall outside the scope of Article 101 TFEU».

L'obiettivo è di garantire che il diritto euro-unitario della concorrenza non ostacoli le negoziazioni collettive sulla retribuzione e su altri aspetti delle condizioni di lavoro che riguardano categorie di lavoratori autonomi “deboli” - e non solo “falsi” (i soli ai quali la sent. *FNV* ha riferito l'esenzione dal divieto di intese anti-concorrenziali) - assimilabili più ai *workers* che alle imprese perché analogamente esposti a rischi di incertezza economica e precarietà⁽⁸⁵⁾.

complessa e tecnica dei servizi da loro forniti e la circostanza che l'esercizio della loro professione è regolamentato siano tali da modificare questa conclusione» (punto 77).

⁽⁸³⁾ CgUe 4.12.2014, C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*, cit. a nt. 45, punto 27.

⁽⁸⁴⁾ CgUe 21.9.1999, C-67/96 per la quale gli accordi collettivi conclusi nell'ambito di trattative tra parti sociali conseguono obiettivi di politica sociale che verrebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 101, n.1, TfUe: punto 59.

⁽⁸⁵⁾ Tali rischi fanno sì che molti interessi - *in primis* quelli economico-retributivi – non possano essere appagati, «sul piano della trattativa individuale a conseguenza della debolezza individuale dei soggetti e cioè del suo deficit di potere contrattuale» (G. Giugni, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto del lavoro sul tema “Il contratto di lavoro”*, 1-4 giugno 1967, Giuffrè, Milano,

Su un diverso versante, come si è già anticipato, il Progetto di Linee-guida esclude dal proprio ambito di applicazione, più a chiare lettere della proposta di direttiva, le piattaforme che non organizzano il lavoro, ma che funzionano come semplici *intermediarie* (v. *retro*, § 2); ciò dovrebbe comportare l'esclusione dei prestatori di servizi collegati a tali piattaforme dal beneficio della "eccezione *Albany*". È invece evidente che la frequente determinazione delle condizioni di scambio e tariffarie attraverso l'uso delle condizioni generali di contratto, renderebbe opportuna l'introduzione, anche qui, di una più estesa nozione di piattaforma, comprensiva anche delle semplici intermediarie, che consentirebbe ai prestatori di servizi di sottrarre alla determinazione unilaterale le condizioni economico-retributive degli scambi, facendone oggetto di accordi collettivi esenti dal divieto di intese anti-concorrenziali.

Malgrado quest'ultimo limite e la loro natura *soft*, le Linee-guida – lette nel quadro del "pacchetto" – indicano una direzione nuova e non meritano di essere raggelate dall'idea che la Commissione stia ancora rifiutandosi di impegnarsi sul fronte del diritto di contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi "deboli", lasciando alla direzione generale della concorrenza ogni iniziativa in quest'ambito⁽⁸⁶⁾.

Tanto le parti della direttiva applicabili al lavoro autonomo legato alle piattaforme, quanto il Progetto di Linee-guida denotano, piuttosto, una direzione nuova; assieme ad altre iniziative - *in primis* la direttiva sul salario minimo -, segnalano, non solo un rinnovato dinamismo della Commissione in materia sociale, ma anche la volontà di raccogliere sfide regolative inedite, legate a nuove povertà lavorative, che affliggono, indipendentemente dallo *status*, prestatori di attività discontinue, "spot", frammentate, generatrici di compensi minimali e privi di garanzie di continuità⁽⁸⁷⁾.

È un atteggiamento audace⁽⁸⁸⁾, con il quale la Commissione cerca di intervenire anche a sostegno di segmenti di lavoro autonomo fragile, seguendo, di fatto, quel "*risk-based approach*" che esige di definire le tutele sulla base dei rischi sociali ai quali i lavoratori sono esposti, indipendentemente dalle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa⁽⁸⁹⁾.

La complessità delle sfide richiede, allora, di affrancare la valutazione di quest'ultima iniziativa – il *PWP* presentato dalla Commissione alla fine del 2021 – da pessimistici giudizi di inadeguatezza dell'intervento.

Il cambio di passo dimostrato anche sui temi dell'impresa e del lavoro digitale attraverso la progettazione di numerosi interventi attuativi del *Pilastro* e l'impiego di fonti di

21, ripreso da P. Tomassetti, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, VTDL, 2018, 731 e da G. Pigliarmini, *Lavoro autonomo, pattuizioni collettive e normativa antitrust: dopo il caso FNV Kunsten, quale futuro?*, LDE, 2021, n. 4, 20).

⁽⁸⁶⁾ N. Countouris, *Regulating digital work: from laissez-faire to fairness*, *Socialeurope.eu*, 8 dicembre 2021.

⁽⁸⁷⁾ M. T. Carinci, *I lavoratori delle piattaforme*, cit. 628.

⁽⁸⁸⁾ «*A bold posture*», per riprendere l'espressione usata da V. De Stefano, A. Aloisi, *European Commission takes the lead in regulating platform work*, *Socialeurope.eu*, 9 dicembre 2021

⁽⁸⁹⁾ P. Loi, *Il lavoro autonomo tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza*, DLRI, 2018, n. 160, 843; G. Pigliarmini, *Lavoro autonomo, pattuizioni collettive e normativa antitrust cit.*, 24.

diversa natura merita, al contrario, un apprezzamento positivo, specie alla luce della circostanza che materie di grande rilevanza sociale, oltre ad esigere i consueti e difficili bilanciamenti fra dimensione economica e sociale, sono collocate al margine (se non al di fuori) delle competenze dirette dell'Unione⁽⁹⁰⁾ o al crocevia del diritto sociale e del diritto della concorrenza.

⁽⁹⁰⁾ T. Treu, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in Aa.Vv., *Il lavoro oltre l'emergenza sanitaria: tra principi fondamentali e politica del diritto*, Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi. Conversazioni sul lavoro a distanza, ottobre 2021-giugno 2022, 4.

Bibliografia

- Aimo M., *Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l'Unione europea?*, in *Labor*, 2021, n. 4, 655-682.
- Alaimo A., *Articles 101-106 TFEU*, *International and European Labour Law* ed. by E. Ales, M. Bell, O. Deinert, S. Robin-Olivier, NOMOS Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2017, 95 ss.
- Alaimo A., *Il lavoro autonomo fra nuove "debolezze" e deficit di protezione sociale: tutele prima, durante e dopo la pandemia*, *RDSS*, 2021, n. 2, 215 ss.
- Alaimo A., *Lavoro e piattaforme tra subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione europea*, in *DRI*, 2022, 2, 639 ss.
- Ballestrero M.V., *Ancora su rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, *Labor*, 2021, 104 ss.
- Barbera M., *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, *LLI*, 2021, n. 1.
- Barbieri M., *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *LLI*, 2021, n. 1.
- Battista L., *L'evoluzione del concetto di lavoratore nel diritto dell'Unione europea*, in *ADL*, 2021, n. 3, I, 635 ss.
- Borelli S., voce *Disconnessione, subita dal lavoratore*, in S. Borelli et al., *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, 2022, 94 ss.
- Brino V., voce *Piattaforme digitali di lavoro*, in S. Borelli et al., *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, 2022, 163 ss.
- Bronzini G., *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell' "umanesimo digitale"*, in *LDE*, 2022.
- Bronzini G., *Dall'operaio massa al lavoratore digitale: quale modello per un nuovo Statuto? Riflessioni a partire da un recente Volume per il cinquantenario della legge del 1970*, in *Quest. giustizia*, 9 aprile 2022.
- Carinci F., *Il percorso giurisprudenziale sui rider: da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020*, in *ADL*, 2021, 1 ss.
- Carinci M.T., F. Dorssemont (a cura di), *Platform Work in Europe. Towards Harmonisation?*, Intersentia, 2021.
- Carinci M.T., *I lavoratori delle piattaforme quali "working poors"*, *Labor*, 2021, 627.
- Caruso B., *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *DRI*, 2019, n. 4, 1005 ss.
- Countouris N., *Regulating digital work: from laissez-faire to fairness*, *Socialeurope.eu*, 8 dicembre 2021.
- Countouris N., De Stefano V., Lianos I., *The EU, Competition Law and Worker' Rights*, CLES Research Paper Series 2/2021.
- Dagnino E., *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, ADAPT University Press, 2019.
- Davidov G., Freedland M., Kountouris N., *The Subjects of Labor Law: "Employees" and Other Workers*, in Finkin, W. Matthew, Mundlak, Guy (eds) *Comparative Labor Law*, Edward Elgar Publishing, 2015.
- De Groen W.P., Z. Kilhoffer, K. Lenaerts, I. Mandl, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Eurofound Research Report, 2018.
- De Groen W.P. et al., *Digital labour platforms in the EU. Mapping and business models. Final Report*, European Commission, 2021.
- De Nardo G., *Platform work: legal categories and protection perspectives*, in A. Perulli, S. Bellomo (a cura di), *Platform work and work 4.0: new challenges for labour law*, Cedam, 2021, 3 ss.
- De Stefano V., Durri I., Stylogiannis C., Wouters M., *Platform work and the employment relationship*, ILO Working Paper 27, March 2021.
- De Stefano V., A. Aloisi, *European Commission takes the lead in regulating platform work*, *Socialeurope.eu*, 9 dicembre 2021.
- Donini A., *Piattaforme*, in M. Novella, P. Tullini (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, 2022, 25 ss.
- Donini A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bononia University Press, 2019.
- Fassina L., *L'algoritmo Frank, cieco ma non troppo*, *LDE*, 2021, n. 1.

- Fita Ortega F., *The “app-based” employment relationship. The Spanish case*, in M.T. Carinci, F. Dorssemont (a cura di), *Platform Work in Europe. Towards Harmonisation?*, Intersentia, 2021.
- Floridi L., Finocchiaro G., Pollicino O., *Quattro orientamenti per completare il modello digitale Ue*, in *www.ilssole24ore.com*, 6 gennaio 2022.
- Fumagalli A., *Le trasformazioni del lavoro autonomo tra crisi e precarietà: il lavoro autonomo di III generazione*, in *Quaderni di ricerca sull’artigianato*, 2015, n. 2, 221 ss.
- Gaudio G., *L’algorithmic management e il problema della opacità algoritmica nel diritto oggi vigente e nella Proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni dei lavoratori tramite piattaforma*, in *Labor*, 2022, n. 1.
- Giubboni S., *Autonomia e subordinazione nel diritto del lavoro dell’Unione europea*, in S. Giubboni, *Diritto del lavoro europeo*, Wolters Kluwer, 2017, 121 ss.
- Giubboni S., *La proposta di direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale*, in *www.eticaeconomia.it*, 16 gennaio 2022.
- Giubboni S., *Note sparse sugli usi della nozione euro-unitaria di subordinazione nell’ordinamento interno*, in *RIDL*, 2022, I, 55 ss.
- Giugni G., *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto del lavoro sul tema “Il contratto di lavoro”*, 1-4 giugno 1967, Giuffrè, Milano.
- Ingrao A., *Il mercato delle ore di lavoro. Interposizione nei rapporti di lavoro autonomo*, Giuffrè, 2021
- Ingrao A., Donini A., *Algoritmi e lavoro*, “Itinerario di ricerca” visionabile alla pagina Internet: <https://www.labourlawcommunity.org/author/annamaria-donini/>.
- Libertini M., *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Giuffrè, 2014.
- Loffredo A., Tufo M., *Lavoro e impresa digitale tra norme nazionali ed economia transnazionale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 405/2019, Magnani M., *La proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali*, in *BA*, 9 maggio 2022, n. 18.
- Loi P., *Il lavoro autonomo tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza*, in *DLRI*, 2018, n. 160, 843 ss.
- Mori A., Semenza R., *Il lavoro autonomo professionale, le sfide e le risposte istituzionali in Europa*, in A. Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018, 81 ss.
- Papa V., *The New Working (Poor) Class. Self-Employment and In-Work Poverty in the EU: a Supranational Regulatory Strategy*, in *ILLe-J*, 201, 2, 41-58.
- Perulli A., *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021.
- Peruzzi M., *Il dialogo sociale europeo di fronte alle sfide della digitalizzazione*, in *DRI*, 2020, 4, 1213 ss.
- Peruzzi M., *Questioni probatorie e processuali nella proposta di Direttiva sul lavoro tramite piattaforma*, *LDE*, 2022, n. 2, in corso di pubblicazione.
- Pigliararmi G., *Lavoro autonomo, pattuizioni collettive e normativa antitrust: dopo il caso FNV Kunsten, quale futuro?*, in *LDE*, 2021, n. 4.
- Razzolini O., *Collective action for self-employed workers: a necessary response to increasing income inequality*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 155/2021.
- Recchia G.A., *Alone in the crowd? La rappresentanza e l’azione collettiva ai tempi della sharing economy*, in *RGL*, 2018, n. 1, I, 141 ss.
- Robin-Olivier S., *Chronique Politique sociale de l’Union européenne. Le droit social de l’Union est-il capable de réduire la fragmentation de la catégorie des travailleurs?*, in *RTDEur*, 2012, n. 2, 480.
- Roccella M., Treu T., Aimo M.P., Izzi D., *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, Cedam, 2019.
- Rota A., *I creatori di contenuti digitali sono lavoratori?*, in *LLI*, 2021, n. 2, I.1 ss.
- Sanz de Miguel P., Bazzani T., Arasanz J., *The definition of worker in the platform economy: Exploring workers’ risks and regulatory solutions*, EESC Study, 2021.
- Tomassetti P., *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, *VTDL*, 2018, 731 ss.
- Tosi P., *Riflessioni brevi sulla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, in *LDE*, 2022, n. 1.

- Treu T., *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in Aa.Vv., *Il lavoro oltre l'emergenza sanitaria: tra principi fondamentali e politica del diritto*, Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi. Conversazioni sul lavoro a distanza, ottobre 2021-giugno 2022.
- Tullini P., *La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona che lavora nella gig-economy*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1.
- Vardaro G., *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *PD*, 1986, 75 ss.
- Zappalà L., *Le condizioni di lavoro nelle piattaforme: quale strategia europea di tutela del lavoro digitale?*, in *Professionalità Studi*, 2021, n. 1.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Alcune riflessioni sulla presunzione
di subordinazione della Direttiva Piattaforme**

ANNAMARIA DONINI
Università di Genova

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695





Alcune riflessioni sulla presunzione di subordinazione della Direttiva Piattaforme

ANNAMARIA DONINI

Università di Genova

Ricercatrice di Diritto del Lavoro

annamaria.donini@unige.it

ABSTRACT

The Author offers a brief comment on the European Commission's proposal for a directive on improving working conditions in platform work, and on its impact in the European Union and Italian legal system. In particular, the focus is on the 'legal presumption' that should be introduced to address the problem of misclassification of the labour relationship of the platform workers.

Keywords: employment relationship; digital platform; European legislation; presumption of employment.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/15107>

Alcune riflessioni sulla presunzione di subordinazione della Direttiva Piattaforme

SOMMARIO: 1. Il campo di applicazione della proposta di direttiva: la nozione “europea” di lavoratore non basta. – 2. Tutele generalizzate in caso di ricorso al management algoritmico. – 3. La presunzione legale relativa e i suoi indici. – 4. La presunzione e il sistema combinato di accesso alle tutele per il lavoro.

1. Il campo di applicazione della proposta di direttiva: la nozione “europea” di lavoratore non basta

La proposta di direttiva presentata dalla Commissione europea il giorno 8 dicembre 2021 (COM(2021)762 final) si colloca entro la competenza dell’Unione riconosciuta dall’art. 153, §1, lett. b, TFUE e costituisce attuazione dell’impegno, espresso nel Programma di lavoro per l’anno 2021 (COM(2020)690 final), a intervenire legislativamente per la tutela delle condizioni di lavoro su piattaforma digitale. La proposta predispone un *corpus* di diritti per i lavoratori disegnati sulla base delle caratteristiche dell’organizzazione del lavoro su piattaforma digitale e delle esigenze di tutela che ne conseguono.

L’individuazione del campo di applicazione dei diritti di nuovo conio è tutt’altro che semplice e immediata. Non determina particolari problemi interpretativi la scelta di non selezionare gli imprenditori digitali tenuti a riconoscere le tutele. La definizione contenuta nell’art. 2, §1, p. 1, infatti, esprime una «visione sincretica del lavoro su piattaforma»⁽¹⁾ secondo la quale è piattaforma digitale qualsiasi soggetto che eroga, su richiesta del destinatario, a distanza e attraverso mezzi elettronici, un servizio commerciale che comporti organizzazione dell’attività lavorativa, indipendentemente dal luogo fisico o virtuale in cui essa viene svolta ⁽²⁾.

Se si considerano invece i destinatari dei diritti, l’interpretazione si fa più complessa. La proposta intende evitare che la possibilità di beneficiare delle tutele sia ostacolata dalla frequente classificazione nell’area del lavoro autonomo di rapporti che di fatto presentano le caratteristiche del lavoro subordinato. La rilevanza del problema è testimoniata sia dall’ampio contenzioso che si è sviluppato nei diversi ordinamenti europei e al di fuori dei confini dell’Unione ⁽³⁾, sia dalle indagini preparatorie commissionate dalle stesse istituzioni

⁽¹⁾ S. Giubboni, *La proposta di direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale*, *Menabò di eticaeconomia.it*, 16 gennaio 2022.

⁽²⁾ La Bozza di Risoluzione del Parlamento europeo del 3 maggio 2022 (cfr. emendamento 65) fornisce una diversa definizione di piattaforma digitale ma considera parimenti irrilevante il luogo di esecuzione del lavoro.

⁽³⁾ Osservato e commentato da studiosi e studiosi anche sui fascicoli di questa Rivista, v. G. Pacella, 2017, 3, 2, R.48 ss.; Ead., 2018, 4, 1, C.59 ss.; M. López Balaguer, 2018, 4, 2, C.51 ss.; E. Colàs-Neila, 2019, 5, 1, 18 ss.; G. Pacella, 2019, 5, 1, C.15 ss.; V. Pietrogiovanni, 2019, 5, 1, C.43 ss.; C. Spinelli, 2020, 6, 1, 87

europee. Secondo uno studio svolto nel 2021, più di cinque milioni di rapporti di lavoro nell'ambito delle piattaforme digitali sarebbero a rischio di errato inquadramento contrattuale ⁽⁴⁾. L'obiettivo politico di contrasto alla *misclassification* dei rapporti di lavoro su piattaforma, strumentale all'applicazione uniforme delle norme di tutela in tutti gli Stati membri, non viene perseguito attraverso la formulazione di una esplicita definizione di lavoratore rilevante ai fini del diritto dell'Unione, bensì attraverso interventi volti a integrare e precisare le nozioni di contratto o rapporto di lavoro che circoscrivono i destinatari delle normative di protezione.

In primo luogo, si è fatto ricorso alla formula già utilizzata per identificare l'ambito soggettivo entro cui i più recenti testi legislativi europei producono i propri effetti: così, la direttiva relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (2019/1152/UE), per la predisposizione di un equilibrio tra attività professionale e vita familiare (2019/1158/UE), nonché la proposta relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea (COM(2020)682). La direttiva attualmente in discussione si applicherà alle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforma digitale e che sono titolari di un contratto di lavoro o di un rapporto di lavoro secondo quanto previsto «dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore negli Stati membri, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia» (art. 1, co. 2; cfr. la definizione di «lavoratori delle piattaforme» dell'art. 2). Tali soggetti, che pertanto potranno rivendicare i diritti introdotti dalla direttiva, dovranno essere definiti tenendo conto dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia in merito alla nozione di «lavoratore».

Non è semplice fissare in un'unica formula l'articolata interpretazione giurisprudenziale di questa nozione giuridica. Prendendo avvio dall'obiettivo di precisare le caratteristiche soggettive che consentono ai lavoratori di beneficiare della libertà di circolazione (caso C-66/85, *Lawrie Blum*), la Corte ha in seguito selezionato gli elementi costitutivi di una nozione unitaria di lavoratore capace di evitare ingiustificate esclusioni dall'ambito di applicazione delle direttive. La definizione teleologicamente orientata all'effettività del diritto dell'Unione considera lavoratore chi per un certo periodo di tempo fornisce, a favore di un'altra persona e sotto la sua direzione, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione (caso C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère*), purché si tratti di un'attività lavorativa reale ed effettiva, restando escluse le attività marginali ed accessorie (caso C-316/13, *Fenoll*). Per integrare l'elemento della direzione non è necessario che il prestatore sia tenuto a conformarsi alle stringenti indicazioni esecutive della controparte; al contrario è considerato lavoratore chi pone in essere prestazioni integrate con l'attività economica dell'impresa (tanto da formare «con essa un'unità economica»)

ss.; A. Donini, 2020, 6, 1, R. 1 ss.; G. Pacella, 2020, 6, 1, R. 16 ss.; A. Todolí Signes, 2020, 6, 2, R.1 ss.; M. Barbieri, 2020, 6, 2, R. 61 ss.; A. Donini, 2021, 7, 1, R. 1 ss.; F. Martelloni, 2021, 7, 2, R. 170 ss.

⁽⁴⁾ PPMI, *Study to support the impact assessment of an EU initiative to improve the working conditions in platform work*, Publication office of the EU, 2021, 77, citato nella Relazione introduttiva alla proposta.

giacché è destinatario di indicazioni che condizionano la sua libertà di scelta in merito a tempo, luogo e contenuto della prestazione (caso C-413/13 *Kunsten*).

Nella prospettiva della Commissione, la nozione di lavoratore costruita dalla Corte di giustizia non sembra tuttavia essere dotata di chiarezza e stabilità sufficienti a garantire una tutela adeguata e uniforme per i lavoratori delle piattaforme digitali su tutto il territorio dell'Unione. Gli aspetti che di volta in volta sono stati valorizzati risentono delle specificità del caso concreto che ha originato il ricorso davanti alla Corte⁽⁵⁾, e in ogni caso non sono orientati alla predisposizione di una autonoma definizione di lavoratore subordinato valida ai fini del diritto dell'Unione europea. Pertanto, su sollecitazione dei sindacati europei⁽⁶⁾, la proposta di direttiva individua un ulteriore meccanismo «di fatto alternativo ad una definizione di lavoratore di diritto eurounitario»⁽⁷⁾, utile per facilitare il corretto inquadramento giuridico dei rapporti di lavoro su piattaforma digitale formalmente classificati come autonomi. Si tratta di una presunzione legale (relativa) dell'esistenza di un "rapporto di lavoro" capace di attivarsi in presenza di alcuni indici di controllo sull'attività lavorativa, che potrà essere confutata dal datore di lavoro così come dal lavoratore (art. 4) (cfr. § 3).

2. Tutele generalizzate in caso di ricorso al management algoritmico

I soggetti che possono essere considerati "lavoratori delle piattaforme" (perché hanno un contratto o un rapporto di lavoro secondo quanto previsto dall'art. 1, co. 2 oppure possono far valere la presunzione ex art. 4) sono destinatari della porzione più rilevante dei diritti proposti dalla Commissione. Costoro beneficeranno sia di un insieme di tutele relativo alla gestione algoritmica dei rapporti di lavoro, sia di altre misure dal carattere più strettamente lavoristico. Il primo insieme comprende il diritto dei lavoratori e dei loro rappresentanti ad ottenere informazioni in relazione alle modalità di funzionamento dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 6, §§ 1-4); il divieto di trattamento di alcune categorie particolari di dati (art. 6, §5); l'obbligo di procedere alla valutazione dell'impatto delle decisioni automatizzate sulle condizioni di lavoro e di mettere a disposizione risorse sufficienti e personale adeguato per questa attività (art. 7, § 1 e § 3); il diritto a ottenere una spiegazione in relazione alle decisioni assunte sulla base dei sistemi automatizzati qualora si producano conseguenze che incidano sugli account, sulla situazione contrattuale o sulla remunerazione (art. 8).

Il secondo gruppo è composto anzitutto da previsioni relative alla tutela della salute e sicurezza. Le piattaforme digitali saranno infatti tenute a valutare i rischi anche psicosociali ed ergonomici derivanti dal ricorso a sistemi gestionali automatizzati (art. 7, § 3) e a

⁽⁵⁾ Si veda ad esempio la discussa ordinanza Corte giust. 22 aprile 2020, C-692/19, *Yodel*.

⁽⁶⁾ Cfr. Risultati delle consultazioni dei portatori di interessi e delle valutazioni di impatto, Relazione introduttiva alla Proposta, pag. 11.

⁽⁷⁾ M. Barbieri, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, LLI, 2021, 7, 2, C.14.

predisporre misure adeguate di prevenzione dei rischi. I lavoratori e le loro rappresentanze saranno altresì titolari dei diritti di informazione e consultazione già previsti dalla direttiva 2002/14/CE e qui estesi anche alle situazioni in cui sia intervenuta una modifica sostanziale in merito all'uso dei sistemi decisionali e automatizzati (art. 9).

La proposta riserva, inoltre, ad un diverso gruppo di soggetti la possibilità di accedere al primo sotto-insieme di tutele. Tutti coloro che «svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, indipendentemente dalla qualificazione contrattuale del rapporto di lavoro» (v. art. 1, § 2, secondo capoverso) avranno accesso alle sole misure applicabili in caso di ricorso al management algoritmico, costruite sul modello dei diritti individuali riconosciuti al cittadino-lavoratore in linea di continuità con la disciplina del GDPR.

L'approccio graduato di accesso alle tutele che include anche i lavoratori che non possono essere considerati subordinati o ad essi equiparabili, costituisce un'apprezzabile novità della proposta di direttiva. Bisogna tuttavia considerare che non soltanto le piattaforme digitali impiegano strumenti algoritmici per l'organizzazione del lavoro: tutti i datori possono valersi di sistemi automatizzati di monitoraggio, analisi e valutazione per sostenere le scelte imprenditoriali (solitamente riconducibili alla *workforce analytics*) oppure di strumentazioni informatiche di *algorithmic management* capaci di assumere decisioni in assenza di intervento umano. Elaborando dati derivanti da varie fonti (lo svolgimento dell'attività lavorativa, i comportamenti dei datori, le assenze, le preferenze degli utenti, ...), i programmi informatici forniscono informazioni sintetiche e previsioni relative alla produttività individuale, alle preferenze, alla condizione di salute o al comportamento dei prestatori, e, sulla base di tali indicazioni, sono in grado di discernere e scegliere in autonomia. Il vantaggio dovrebbe risiedere nell'assenza dei condizionamenti soggettivi che normalmente derivano dalle preferenze individuali e nella maggiore efficienza delle decisioni suggerite dai calcolatori informatici.

Se si considera l'ampia diffusione, almeno in termini potenziali, dei sistemi algoritmici, risulta difficile giustificare un intervento normativo volto a limitare i rischi per i diritti fondamentali dei lavoratori ma ristretto al campo del lavoro su piattaforma digitale. In tutte le ipotesi in cui le funzioni gestionali sono condivise con gli algoritmi o interamente devolute ad essi, la mancanza di trasparenza e di controllo umano non consente ai lavoratori di conoscere le ragioni all'origine delle decisioni riguardanti i rapporti di lavoro, con ciò che ne consegue in termini di compressione, almeno, del diritto di difesa e delle libertà del prestatore.

Non è dunque un caso che presso il Parlamento europeo si stia discutendo dell'opportunità di estendere le misure di tutela proposte dalla Commissione in ipotesi di ricorso al management algoritmico a tutte le realtà produttive in cui siano utilizzati sistemi di intelligenza artificiale o di analisi automatizzata dei dati. Il progetto di risoluzione presentato il 19 maggio 2022 stabilisce che le regole previste dagli artt. 6, 7, 8, 9 (v. *supra*) «si applicano anche a qualsiasi lavoratore, indipendentemente dalla sua situazione, che sia

soggetto a sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati e semi automatizzati»⁽⁸⁾. Verrebbe così opportunamente predisposto un set di regole generalizzato per ogni ipotesi in cui i datori ricorrano all'*algorithmic management*, sebbene anche in questo caso si tratterebbe di «declinazioni – a carattere essenzialmente procedurale - dei principi generali di trasparenza e di *accountability* relativi alla gestione algoritmica»⁽⁹⁾, e non di misure per la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori nei contesti produttivi governati dall'intelligenza artificiale. Mancherebbe ad esempio il riconoscimento di un diritto alla portabilità dei dati concernenti la reputazione professionale; il divieto di raccolta di dati non pertinenti rispetto a quelli necessari per l'organizzazione della prestazione lavorativa; la previsione di forme di quantificazione del compenso che non inducano ad aumentare l'intensità del lavoro e non determinino rischi per la salute psico-fisica dei lavoratori; nonché una piena partecipazione dei sindacati nella gestione delle regole di funzionamento degli algoritmi⁽¹⁰⁾.

Anche il Governo italiano è intervenuto al fine di ampliare il campo di applicazione soggettivo dei diritti di informazione, trasparenza e sicurezza relativi all'uso di sistemi di intelligenza artificiale. In seguito alla delega contenuta nella legge europea n. 53/2021, è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 22 giugno 2022 il decreto legislativo di attuazione della dir. 1152/2019. Accanto alla trasposizione delle previsioni della direttiva, il decreto ha introdotto un ulteriore e specifico obbligo di fornire informazioni relative all'uso di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati che incidano su aspetti significativi della prestazione lavorativa, e lo ha esteso a tutti i datori, nonché ai committenti pubblici e privati, almeno nei limiti dei rapporti individuati dall'art. 409, n. 3 cpc e dall'art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015⁽¹¹⁾.

3. La presunzione legale relativa e i suoi indici

Il meccanismo della presunzione sembra essere capace di ampliare l'ambito di applicazione soggettiva della legislazione europea con maggiore efficacia di quanto non

⁽⁸⁾ Il progetto di risoluzione legislativa sulla proposta di direttiva COM (2021)762, presentato il 3 maggio 2022, sarà discusso in Commissione occupazione e affari sociali. L'emendamento 132 prevede un'estensione delle misure di tutela della sicurezza – ma non dei diritti di informazione e consultazione per le rappresentanze aziendali – anche nei confronti dei lavori autenticamente autonomi, previa verifica di compatibilità («per quanto concerne gli aspetti che possono essere applicati»). Per un ampio commento alla proposta congiuntamente alla bozza di risoluzione del Parlamento, si veda A. Alaimo, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione legislativa del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?*, in questo fascicolo.

⁽⁹⁾ P. Tullini, *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in questo fascicolo, § 4, che chiarisce ed esemplifica tale caratteristica. I diritti introdotti dovranno in ogni caso essere interpretati e applicati in coordinamento con il futuro Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza artificiale, COM(2021)206.

⁽¹⁰⁾ Su quest'ultimo punto, si veda la risoluzione di ETUC sulla proposta di direttiva adottata il 16-17 marzo 2022.

⁽¹¹⁾ Si veda art. 4, co. 1, lett. b), del decreto che inserisce l'art. 1 *bis* nel d. lgs. n. 152/1997 dedicato agli obblighi informativi in caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati.

possa fare il diverso congegno previsto nell'art. 1, co. 2 della proposta che richiede di tener conto dell'interpretazione della Cgue per individuare i rapporti di lavoro legittimati ad accedere ai diritti. Nel primo caso, infatti, si intende evitare che il primato del diritto dell'Unione discenda dalle opzioni interpretative dei giudici nazionali, collegando la produzione degli effetti voluti dal legislatore europeo direttamente alla presenza di alcune particolari modalità organizzative della piattaforma. L'impegno diretto a garantire una reale e uniforme applicazione dei diritti in tutto il territorio dell'Unione è confermato anche dall'obbligo per gli Stati membri di introdurre misure di sostegno atte a garantire l'efficace attuazione della presunzione legale, sia nei procedimenti amministrativi che in quelli giudiziari.

Tale obiettivo è particolarmente apprezzabile perché la presunzione non consente soltanto un accesso facilitato alla legislazione sociale europea, ma è in grado di produrre i propri effetti anche all'interno degli ordinamenti nazionali, come chiarito nel Considerando n. 24, attraverso il riconoscimento in caso di presunzione, degli obblighi e dei diritti che derivano dalla condizione di subordinazione.

A ben vedere, la possibilità di intendere la presunzione come un meccanismo per accertare "il vincolo di subordinazione" trova fondamento soltanto nella Relazione introduttiva e nei Considerando, ma non nell'articolato della proposta⁽¹²⁾. Quest'ultima non intende definire un'unica fattispecie armonizzata di subordinazione, ma persegue il più ridotto (e concreto) obiettivo di innalzare le tutele per il lavoro organizzato tramite piattaforma digitale. Dal momento che gli standard protettivi più elevati riconosciuti negli Stati membri sono generalmente collegati all'esistenza del vincolo di subordinazione, è ipotizzabile che l'attuazione della direttiva avverrà soprattutto per il tramite di una presunzione di subordinazione. L'esito non è però obbligato: essendo destinata a incidere sul complicato intreccio di norme che definiscono l'area di azione delle tutele lavoristiche, la presunzione dovrà essere introdotta dagli Stati membri attraverso un «quadro di misure conforme[mente] ai rispettivi ordinamenti giuridici e sistemi giudiziari nazionali» (art. 4, co. 1, ultima frase).

Per comprendere le possibili interferenze delle norme proposte dalla Commissione con l'assetto delle regole per l'accesso alle tutele lavoristiche è utile considerare che la presunzione costituisce essenzialmente un meccanismo processuale che rende meno oneroso il carico probatorio del lavoratore nelle ipotesi in cui egli contesti la qualificazione giuridica del contratto con la piattaforma. Si presume l'esistenza di un rapporto di lavoro

⁽¹²⁾ Confrontando la versione francese, la conclusione non cambia: l'art. 4 sancisce che in presenza degli indici, il rapporto di lavoro «est légalement présumée être *une relation de travail*», mentre solo le parti della proposta prive di carattere prescrittivo menzionano la subordinazione. Per quanto riguarda la formula utilizzata nella versione inglese, «shall be legally presumed to be *an employment relationship*», è vero che nell'ordinamento del Regno Unito il *contract of employment* è quello concluso dall'*employee*, lavoratore subordinato. Non sembra tuttavia corretto vincolare l'interpretazione della presunzione in questa direzione in seguito all'uscita del Regno Unito dall'Unione europea.

(subordinato, secondo quanto sopra precisato) quando il controllo sull'esecuzione del lavoro esercitato dalla piattaforma si manifesta attraverso forme riconducibili ad almeno due tra i cinque indici elencati all'art. 4. Tali indici presentano una significativa eterogeneità e comprendono la determinazione da parte della piattaforma della retribuzione o la fissazione dei relativi limiti massimi; il ricorso a mezzi, anche elettronici, di controllo e supervisione del lavoro o dei risultati; l'obbligo dei lavoratori di conformarsi alle indicazioni della piattaforma in merito all'esecuzione del lavoro e alle regole di comportamento; la presenza di limiti per i lavoratori (e di sanzioni in caso di violazione) rispetto alla possibilità di organizzare liberamente il proprio lavoro per ciò che concerne l'orario, l'accettazione degli incarichi e il ricorso a sostituti; e infine l'esistenza di restrizioni in relazione alla costruzione di una clientela autonoma o allo svolgimento di lavoro a favore di altri soggetti.

Gli indici selezionati traggono spunto dai fattori individuati dalla Corte di giustizia⁽¹³⁾ e dai tribunali nazionali⁽¹⁴⁾ per definire le caratteristiche dei servizi erogati dalle piattaforme o per classificare i rapporti di lavoro ad esse riconducibili. Si ricava la conferma anche a livello normativo dell'esistenza di caratteristiche ricorrenti e ben identificabili negli assetti organizzativi delle piattaforme digitali che collocano i prestatori in una posizione meritevole di tutela⁽¹⁵⁾. La principale forma di manifestazione del dominio delle piattaforme sulla forza lavoro non è l'esercizio del potere direttivo, inteso come emanazione di «ordini specifici» e come «assidua attività di vigilanza e controllo»⁽¹⁶⁾, ma sono i peculiari meccanismi di condizionamento dell'area di azione e decisione dei prestatori. Al posto di direttive unilaterali per la conformazione della prestazione lavorativa agli assetti gestionali dell'impresa, le piattaforme limitano la libertà dei lavoratori di organizzare la propria attività, incoraggiando condotte di auto-organizzazione e auto-controllo in conformità all'assetto organizzativo prescelto dall'imprenditore. La conformazione da parte dei prestatori al piano organizzativo dell'impresa è in realtà indotta dal fatto che la riluttanza all'adeguamento comporterà con ogni probabilità un'espulsione dal novero dei lavoratori a cui attinge la

⁽¹³⁾ Cfr. ad esempio, l'indice della lett. a) («determinazione effettiva del livello della retribuzione o fissazione dei limiti massimi di tale livello») con quanto affermato dalla Corte giust. 20 dicembre 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, p. 39 per qualificare Uber come società di trasporti (Uber «fissa, mediante l'omonima applicazione, se non altro il prezzo massimo della corsa»).

⁽¹⁴⁾ Cfr. ad esempio, l'indice della lett. d) («effettiva limitazione, anche mediante sanzioni, della libertà di organizzare il proprio lavoro») che corrisponde al principale elemento valorizzato dai Tribunali che hanno sono stati chiamati a giudicare i rapporti di lavoro dei ciclofattorini.

⁽¹⁵⁾ G. Bronzini, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide "dell'umanesimo digitale"*, LDE, 2022, 1, 7 ravvisa una vicinanza tra gli indici (che intercettano le manifestazioni di controllo ma anche la situazione personale del lavoratore e il suo rapporto col mercato) e la giurisprudenza della Corte di giustizia «disponibile a mixare gli aspetti "economico-esistenziali" del rapporto con quelli più direttamente concernenti le modalità di esecuzione della prestazione».

⁽¹⁶⁾ In un buon numero di provvedimenti giudiziari nazionali, il vincolo di subordinazione è ravvisato in presenza di un significativo livello di soggezione del prestatore: Cass. 19 gennaio 2021, n. 813, *DJ*, ma in riferimento ad un socio di società di capitali; Cass. 7 febbraio 2013, n. 2931, *DJ*; Cass. 8 febbraio 2010, n. 2728, *DJ*; e tra i provvedimenti di merito più recenti T. Bari 30 novembre 2021, n. 3477, *DJ*; A. Roma 26 maggio 2021, n. 2044, *DJ*.

piattaforma⁽¹⁷⁾. Dati gli assetti ricorrenti nelle piattaforme digitali, la Commissione ha ritenuto sufficiente, per attivare la presunzione, l'emersione di condotte che limitino la posizione del lavoratore sul mercato o la sua autonomia organizzativa.

Le modalità concrete secondo le quali sarà introdotta la presunzione nell'ordinamento italiano risultano al momento incerte: la bozza di risoluzione in discussione presso la Commissione occupazione e affari sociali dal Parlamento europeo suggerisce l'eliminazione degli indici di controllo e richiede soltanto l'introduzione della presunzione, imponendo al contempo un rafforzamento dell'azione degli organi ispettivi in coordinamento con gli enti previdenziali.

È possibile, tuttavia, formulare alcune considerazioni in relazione ai termini attuali della proposta. Gli esiti dell'applicazione degli indici elencati all'art. 4 presentano un certo tasso di imprevedibilità in quanto fortemente influenzati dalle condizioni concrete imposte dalle piattaforme: in alcune ipotesi potrebbe verificarsi un ampliamento dei destinatari delle tutele previste dall'ordinamento europeo, così come di quelle riconosciute dagli ordinamenti nazionali. La possibilità di ritenere sufficiente la compresenza di soli due indici consente, ad esempio, l'attivazione della presunzione anche nei confronti di situazioni che con ogni probabilità sfuggirebbero alle nozioni di subordinazione degli Stati membri, basti pensare alla combinazione tra l'esistenza di limiti alla costituzione in autonomia della clientela e la supervisione da parte della piattaforma dei risultati del lavoro. In altre ipotesi, la soglia di prova da raggiungere potrebbe invece, paradossalmente, essere più severa rispetto a quanto richiesto per integrare la fattispecie subordinazione. La terza azione individuata all'interno dell'indice della lettera b, ossia il rispetto di «regole vincolanti specifiche per quanto riguarda [...] l'esecuzione del lavoro», sembra infatti coincidere con la sottoposizione alle direttive della piattaforma: non una circostanza capace di integrare un indizio della subordinazione, ma un elemento costitutivo della fattispecie, di fatto coincidente con il potere direttivo.

La fissazione per via legislativa di un *numerus clausus* di indici per accedere alle tutele previste per la subordinazione è inoltre in grado di determinare un effetto avverso e preterintenzionale: potrebbe infatti indurre le piattaforme a combinare diversamente le modalità del controllo sul lavoro al solo fine di sfuggire all'operatività della presunzione e in tal modo sottrarsi agli obblighi collegati al ruolo di datore di lavoro. Come evidenziato nella bozza di risoluzione del Parlamento europeo, una presunzione che operi soltanto nei confronti della controparte contrattuale, inoltre, non sarebbe in grado di ostacolare il frequente ricorso da parte delle piattaforme a contratti di appalto conclusi con altri imprenditori, che sono i titolari formali dei contratti di lavoro, ma non i detentori delle prerogative organizzative e gestionali, rimesse invece ai sistemi algoritmici della piattaforma digitale⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Il fenomeno valica i confini delle piattaforme digitali, cfr. M. Novella, *Impresa*, in *Lavoro digitale*, a cura di M. Novella - P. Tullini, Giappichelli, 2022, in part. 22 ss.

⁽¹⁸⁾ A. Loffredo, *Di cosa parliamo quando parliamo di lavoro digitale?*, *Labor*, 2019, 3, 264 ss.

4. La presunzione e il sistema combinato di accesso alle tutele per il lavoro

Nell'ordinamento nazionale, l'introduzione della presunzione dovrà essere coordinata con le modifiche all'assetto tradizionale di accesso alle tutele (che riguarda in particolare i lavoratori delle piattaforme digitali di *food delivery*) ad opera dell'azione combinata dell'art. 2094 c.c., e degli artt. 2 e 47-bis e ss., d. lgs. n. 81/2015. Tale operazione interpretativa e applicativa è necessaria al fine di evitare contraddizioni o inefficienti moltiplicazioni dei sistemi di tutela del lavoro.

Anzitutto si può notare che secondo la proposta di direttiva gli elementi che consentono di presumere l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato non sembrano presentare le caratteristiche di "indizi", ossia di quei fatti noti a cui l'art. 2727 c.c. fa conseguire l'accertamento di un fatto ignoto. Risultano piuttosto configurati in maniera simile agli "indici" di subordinazione che nel nostro ordinamento inducono la giurisprudenza ad accertare – e non a presumere – l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato⁽¹⁹⁾. In altre parole, più che circostanze univoche capaci di integrare il primo corno di una presunzione legale, si atteggiano a elementi capaci di descrivere il normale svolgersi della condizione di subordinazione (o di sotto-protezione meritevole di tutela) nel settore produttivo considerato.

In secondo luogo, non v'è dubbio che l'art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015 possa ben conservare il proprio spazio di operatività anche in seguito all'introduzione della presunzione legale, grazie alla consueta clausola di non regresso di matrice europea (art. 20) che impedisce la riduzione del livello di protezione già garantito ai lavoratori e consente di offrire standard più elevati. La regola che dispone l'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina prevista per il lavoro subordinato alle collaborazioni continuative prevalentemente personali ed eterorganizzate, nonostante il difficile inquadramento sistematico, si applica tutte le volte in cui l'autonomia del prestatore risulti significativamente condizionata dall'assetto organizzativo della piattaforma, senza che sia necessario verificare la presenza di indici predefiniti. Il carattere a-specifico degli elementi che possono essere valorizzati per raggiungere la soglia della etero-organizzazione è altresì in grado di ridurre i rischi di aggiramento da parte delle piattaforme degli indici eventualmente fissati per via legislativa, poiché il filtro di accesso alle tutele assume un carattere ampio e modulabile secondo le caratteristiche dei diversi assetti organizzativi.

Non solo. Si potrebbe persino ipotizzare che il meccanismo dell'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato alle collaborazioni etero-organizzate dalle piattaforme sia in grado di garantire i risultati prescritti dalla direttiva. La regola dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015, secondo alcuni autori, avrebbe introdotto una presunzione di

⁽¹⁹⁾ Secondo la tecnica del metodo tipologico. In questo senso, con riferimento in particolare alla presunzione di subordinazione nell'ordinamento spagnolo, L. Nogler, *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, RIDL, 1997, I, 319.

subordinazione. A fronte dell'impossibilità di addurre elementi a prova contraria⁽²⁰⁾, si tratterebbe, in tale prospettiva, di una presunzione assoluta capace di offrire al lavoratore un grado di certezza in merito alla possibilità di accedere alle tutele maggiore rispetto a quello conseguibile in forza della presunzione relativa contenuta nella proposta di direttiva⁽²¹⁾.

Anche qualora non si voglia aderire a tale interpretazione, si dovrà convenire sull'esistenza di similitudini tra le modalità di funzionamento dei due meccanismi. In entrambi i casi, è centrale l'organizzazione del fattore lavoro. Nella proposta di direttiva, questa emerge sia dal quadro complessivo disegnato dagli indici (v. *supra*), sia dalla definizione di piattaforma. Tra i requisiti che identificano una piattaforma digitale vi è il fatto che l'imprenditore che eroga un servizio commerciale – a distanza e con mezzi elettronici, nonché su richiesta del beneficiario – si occupi, «quale componente necessaria ed essenziale [del]l'organizzazione del lavoro svolto dalle persone fisiche» (art. 2, co. 1). Similmente, la facilitazione processuale che nel nostro ordinamento consente di ottenere le tutele previste per la subordinazione è costruita attorno all'organizzazione delle modalità di esecuzione del lavoro ad opera del committente. L'art. 4 della proposta di direttiva e l'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 svolgono dunque la funzione di valorizzare le circostanze sintomatiche di un modo di essere del rapporto di lavoro a cui entrambi gli ordinamenti intendono applicare la parte più significativa della normativa protettiva.

L'impatto sull'ordinamento italiano sarebbe ancora meno incisivo se la versione finale della direttiva corrispondesse alla bozza di Relazione del parlamento europeo. Gli emendamenti proposti intendono eliminare dal testo il riferimento a indici specifici, lasciando agli Stati membri il compito di definire un quadro di misure atto a introdurre la presunzione legale, in conformità ai propri ordinamenti e sistemi giudiziari. Gli elementi di natura indiziaria necessari per l'attivazione della presunzione legale non entrerebbero a far parte del testo della direttiva, ma sarebbero soltanto elencati in via esemplificativa nel Considerando n. 25. La proposta rinuncerebbe così alla formulazione di indici per preferire un'individuazione ampia e indeterminata della circostanza fattuale («un rapporto contrattuale tra una piattaforma di lavoro e una persona che svolge un lavoro mediante tale piattaforma») da cui ricavare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, per poi farne discendere gli effetti voluti dalla legge – ossia l'inserimento nell'area protetta. Un modello di intervento di fatto rimesso in larga parte all'attuazione degli Stati membri che risulterebbe

⁽²⁰⁾ M. Persiani, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, ADL, 2015, 6, 1260; L. Nogler, *La subordinazione nel d. lgs. n. 81/2015: alla ricerca dell'"autorità" dal punto di vista giuridico*, ADL, 2016, 1, 60 ss.; M. Tiraboschi, *Il lavoro etero-organizzato*, in *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, a cura di M. Tiraboschi, Giuffrè, 2016, 262 ss. che opta invece per la presunzione relativa.

⁽²¹⁾ Si può tuttavia considerare che la presunzione di subordinazione, che pure ammette prova contraria, non potrà essere invece "vinta" dalla stipula di contratti collettivi che offrano una regolazione alternativa dei rapporti di lavoro a ragione delle caratteristiche specifiche del settore. In presenza degli indici elencati dalla proposta non vi sarebbe dunque più spazio per la funzione di regolamentazione in deroga alla legge che l'art. 2, co. 2, d. lgs. n. 81/2015 assegna all'autonomia collettiva.

più rispettoso dei passi avanti già compiuti in molti ordinamenti rispetto all'obiettivo di tutela dei lavoratori su piattaforma.

Può infine notarsi come la clausola di non regresso consenta altresì di fare salvo l'apparato di regole del capo Vbis, d. lgs. n. 81/2015 applicabile a prestatori formalmente qualificati come autonomi ma in realtà identificati in relazione ad alcune caratteristiche social-tipiche che li rendono meritevoli delle tutele selezionate in considerazione di specifiche esigenze che emergono nello svolgimento del lavoro. L'art. 20 della proposta consente infatti agli Stati membri di introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori delle piattaforme digitali; così come per quel particolare gruppo di lavoratori composto dalle «persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali» ma che non hanno un contratto o un rapporto di lavoro e che, secondo la proposta di direttiva, hanno accesso ad una porzione minore di misure protettive (v. infra § 1 e 2). Gli Stati membri hanno pertanto libertà nel definire il campo di applicazione delle tutele proposte, con il solo limite del rispetto delle «norme relative al funzionamento del mercato interno», vale a dire assicurando le condizioni di concorrenzialità per quegli operatori economici che possano essere considerati imprenditori.

La precisazione può essere letta alla luce delle Linee guida per la contrattazione collettiva per i lavoratori autonomi diffuse dalla Commissione europea contestualmente alla proposta di direttiva (C/2021/8838 final). Queste indicazioni individuano alcune tipologie di accordi collettivi esclusi dal raggio di operatività dell'art. 101 TFUE, esattamente come i contratti collettivi per i lavoratori subordinati. Quando la contrattazione collettiva è il risultato di negoziazioni collettive ed è finalizzata a realizzare un miglioramento delle condizioni di lavoro sulla base delle quali i lavoratori autonomi prestano la propria attività, essa non rientra nel campo di applicazione dell'art. 101 TFUE (p. 31)⁽²²⁾. Anche il ruolo affidato alla contrattazione collettiva per il lavoro autonomo dall'art. 47 *quater*, co. 1, d. lgs. n. 81/2015 per la fissazione dei «criteri di determinazione del compenso complessivo», pertanto, risulterebbe conforme al criterio previsto dalla clausola di non regresso perché strumentale alla fissazione di livelli minimi di tutela per i ciclofattorini autonomi.

⁽²²⁾ Non a caso il primo esempio formulato dalle Linee Guida è quello di un accordo collettivo che fissa un miglioramento delle condizioni di lavoro su piattaforma. Diversamente, gli accordi che per ipotesi abbiano il fine di suddividere la città in diverse zone di influenza esclusiva di una delle piattaforme stipulanti, dovranno essere valutati alla luce dell'art. 101 TFUE, concernendo le modalità di svolgimento dell'attività economica con evidenti effetti sull'accesso concorrenziale al mercato.

Bibliografia

- Alaimo A., *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione legislativa del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?*, in questo fascicolo di *LLI*, sez. Reports and Comments.
- Barbieri M., *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *LLI*, 2021, 7, 2, C.1.
- Barbieri M., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *LLI*, 2020, 6, 2, R. 61.
- Bronzini G., *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide "dell'umanesimo digitale"*, in *LDE*, 2022, 1, 1.
- Colàs-Neila E., *Prestación de servicios a través de plataformas digitales en la doctrina judicial española: Trabajadores por cuenta ajena o autónomos?*, in *LLI*, 2019, 5, 1, 18.
- Donini A., *Condotta antisindacale e lavoro autonomo: tre decreti a confronto*, in *LLI*, 2021, 7, 1, R. 1.
- Donini A., *Secondo la Cassazione francese Uber è datore di lavoro*, in *LLI*, 2020, 6, 1, R. 1.
- Giubboni S., *La proposta di direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale*, *Menabò di eticaeconomia.it*, 16 gennaio 2022.
- Loffredo A., *Di cosa parliamo quando parliamo di lavoro digitale?*, in *Labor*, 2019, 3, 253.
- López Balaguer M., *Trabajo en plataformas digitales en España: primeras sentencias y primeras discrepancias*, in *LLI*, 2018, 4, 2, C.51.
- Martelloni F., *Riders: la repressione della condotta antisindacale allarga il suo raggio*, in *LLI*, 2021, 7, 2, R. 170.
- Nogler L., *La subordinazione nel d. lgs. n 81/2015: alla ricerca dell'"autorità" dal punto di vista giuridico*, *ADL*, 2016, 1, 47.
- Nogler L., *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 1997, I, 311.
- Novella M., *Impresa*, in *Lavoro digitale*, a cura di M. Novella - P. Tullini, Giappichelli, 2022, 5.
- PPMI, *Study to support the impact assessment of an EU initiative to improve the working conditions in platform work*, Publication office of the EU, 2021.
- Pacella G., *Drivers di Uber. Confermato che si tratta di workers e non di self employed*, in *LLI*, 2017, 3, 2, R.48.
- Pacella G., *Alienità del risultato, alienità dell'organizzazione: ancora una sentenza spagnola qualifica come subordinati i fattorini di Deliveroo*, in *LLI*, 2018, 4, 1, C.59.
- Pacella G., *Il lavoro tramite piattaforma digitale nei paesi di civil law*, in *LLI*, 2019, 5, 1, C.15.
- Pacella G., *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig economy: si pronuncia la Corte di giustizia europea*, in *LLI*, 2020, 6, 1, R. 16.
- Persiani M., *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, 2015, 6, 1257.
- Pietrogiovanni V., *L'importanza di chiamarsi lavoratori, ossia delle corti del Regno Unito alle (p)rese con il lavoro a chiamata attraverso le piattaforme*, in *LLI*, 2019, 5, 1, C.43.
- Spinelli C., *Le nuove tutele dei riders al vaglio della giurisprudenza: prime indicazioni applicative*, in *LLI*, 2020, 6, 1, 87.
- Tiraboschi M., *Il lavoro etero-organizzato*, in *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, a cura di M. Tiraboschi, Giuffrè, 2016, 261.
- Todolí Signes A., *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo español que considera a los riders empleados laborales*, in *LLI*, 2020, 6, 2, R.1.
- Tullini P., *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in questo fascicolo di *LLI*, sez. Reports and Comments.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale

PATRIZIA TULLINI
Università di Bologna

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695



La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale

PATRIZIA TULLINI

Università di Bologna

Ordinaria di Diritto del Lavoro

patrizia.tullini@unibo.it

ABSTRACT

The aim of the article is to analyze the main problems emerging by the Proposal of the Directive concerning platform workers' minimum rights and their employment status in the digital economy.

In identifying the main challenges for the Italian legal system, the A. focuses on three questions.

The first question, which appears to be the most relevant, concerns the subjective field of application of the Directive: the European proposal is divided into two levels of protection, distinguishing those who have a contract or employment relationship recognized by national Law and persons performing platform work who do not have an employment relationship. Conversely, the Italian legal system, which historically is more articulated, contemplates a large intermediate area of semi-subordinate, hetero-organized and weak autonomous work, to which specific protections are gradually applied.

The second question concerns the mechanism of the legal presumption of subordination applicable to platform work (see Article 4). This is a simplified procedure for verifying the employment status of digital workers, which,

however, is extraneous to the domestic legal system and above all to the model of ascertaining the status of subordination adopted by jurisprudence, thus requiring a regulatory and interpretative connection that is not simple.

The last question raised by the proposal concerns the definition of European workers' rights towards the digital platform. The Directive is focused on the rights connected to algorithmic management and the transparency of automated decision-making systems (see Chapter III), while it even seems to include or restrict the operational scope of some substantial safeguards recognized in the domestic legal system.

Keywords: Digital labour platform; Employment status; Legal presumption; Algorithmic Management.

<https://doi.org/10.6092/issn2421-2695/15062>

La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale

SOMMARIO: 1. Tre questioni principali. – 2. Il campo di applicazione soggettivo della Direttiva e i rischi di segmentazione. – 3. L'accertamento della condizione occupazionale e il congegno della presunzione legale. – 4. Di quali diritti del lavoro digitale stiamo parlando?

1. Tre questioni principali

Nonostante i commenti ampiamente favorevoli sulla strategia digitale europea, è probabile che si tenda un po' a sottovalutare la complessità del quadro regolativo che si va componendo, in modo progressivo, a livello sovranazionale. Qualche autorevole opinione evoca con entusiasmo una nuova stagione di «costituzionalismo digitale» ⁽¹⁾, ma non va dimenticato che l'armonizzazione delle regole europee è funzionale anzitutto alla creazione del mercato unico e alla promozione di un modello commerciale per la condivisione e l'intermediazione dei dati. I provvedimenti più rilevanti sono il *Data Governance Act*, recentemente approvato dal Consiglio europeo ⁽²⁾, e la proposta di Regolamento sull'IA ⁽³⁾, ai quali si aggiunge la Direttiva *in itinere* sul miglioramento delle condizioni di lavoro mediante piattaforma digitale ⁽⁴⁾.

Com'è ovvio, nella prospettiva del giuslavorista assume un particolare rilievo quest'ultima proposta normativa, anche perché rappresenta il primo intervento sul lavoro digitale dopo gli annunci contenuti nel Pilastro europeo dei diritti sociali ⁽⁵⁾. Il testo è all'esame dei Paesi membri e inizierà a breve il percorso di approvazione al Parlamento europeo ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ L. Floridi - G. Finocchiaro - O. Pollicino, *Quattro orientamenti per completare il modello digitale Ue*, www.ilsole24ore.com, 6 gennaio 2022.

⁽²⁾ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla *governance* europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati) 2020/0340 (COD), approvato il 16 maggio 2022.

⁽³⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge Sull'IA) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, del 21 aprile 2021, COM(2021) 206 final.

⁽⁴⁾ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali, del 9 dicembre 2021, COM(2021)762 final.

⁽⁵⁾ M. Barbieri, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, *LLI*, 2021, 2, C. 3 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. Commissione per l'occupazione e gli affari sociali, *Progetto di relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, 3 maggio 2022, (COM(2021)0762 – C9-0454/2021 – 2021/0414(COD)). Sul percorso di approvazione della Direttiva e sul quadro normativo europeo v. A. Alaimo, *Lavoro e piattaforme tra*

Nel valutare l'impatto della proposta di Direttiva sull'ordinamento giuridico nazionale, può essere utile porre l'attenzione sui diritti riconosciuti dal legislatore europeo nell'*habitat* digitale: qual è lo spazio per i diritti materiali del lavoro e quali diritti servono al fine di preservare la dignità della persona che lavora nell'economia digitale?

Per tentare di schematizzare i nodi problematici, si possono individuare tre questioni principali. La prima, che appare la più rilevante, riguarda il campo di applicazione soggettivo della Direttiva: la proposta europea si articola su due livelli di tutela, distinguendo coloro che hanno un contratto o rapporto di lavoro subordinato riconosciuto dal diritto nazionale e le «persone» fisiche che, a prescindere da un vincolo di subordinazione, svolgono un lavoro tramite piattaforma. Viceversa l'ordinamento italiano, che storicamente è più articolato, contempla un'ampia area intermedia di lavoro parasubordinato, etero-organizzato e autonomo debole, al quale si applicano, in modo graduale, specifiche tutele.

La seconda questione, sulla quale si concentra in particolare la riflessione della dottrina giuslavorista, concerne il meccanismo della presunzione legale di subordinazione applicabile al lavoro su piattaforma (cfr. art. 4). Si tratta di una procedura semplificata di verifica della condizione occupazionale dei lavoratori digitali, che risulta però estranea al sistema giuridico domestico e soprattutto al modello di accertamento dello *status* di subordinazione adottato dalla giurisprudenza, esigendo quindi un raccordo normativo e interpretativo non semplice.

Con l'introduzione del congegno della presunzione legale, la proposta di Direttiva riporta al classico dualismo tra lavoro subordinato e autonomo, senza considerare che diversi ordinamenti giuridici si sono già indirizzati verso l'utilizzo di tecniche di tutela che mettono al centro la persona, a prescindere dalla natura del rapporto di lavoro ⁽⁷⁾: è, questa, la posizione interpretativa adottata dalla Cassazione a proposito della qualificazione dei lavoratori su piattaforma, là dove ha sostenuto che – pur senza tendere all'esatta individuazione del tipo legale – è sufficiente accertare alcuni elementi fattuali e le modalità di svolgimento della prestazione organizzata da altri per riconoscere le garanzie lavoristiche (sent. n. 1663 del 2020).

L'ultima questione sollevata dalla proposta europea attiene alla definizione dei diritti riconosciuti ai lavoratori nei confronti della piattaforma digitale. La Direttiva è focalizzata sui diritti collegati alla gestione algoritmica e alla trasparenza dei sistemi decisionali automatizzati (cfr. Capo III), ma i lavoratori delle piattaforme, specie se operano *offline* o *in loco*, esprimono anche altri bisogni di tutela che meritano di essere considerati.

subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione europea, DRI, 2022, fasc. 2, 639 ss. con ampie indicazioni bibliografiche.

⁽⁷⁾ A. Donini, *Piattaforme*, in M. Novella – P. Tullini (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, 2022, 43 ss.

2. Il campo di applicazione soggettivo della Direttiva e i rischi di segmentazione

Se, da un lato, la proposta della Commissione abbraccia l'intero ambito del lavoro tramite le infrastrutture digitali (incluso quello svolto solo *online*); dall'altro lato, lascia emergere un rischio di segmentazione, in senso orizzontale e verticale, della platea dei lavoratori delle piattaforme.

Si è già osservato che, sul piano orizzontale, i lavoratori risultano collocati su due distinti livelli di protezione giuridica: coloro che hanno un contratto o un rapporto di lavoro subordinato e fruiscono della tutela c.d. forte della Direttiva; «tutte le persone» che lavorano su piattaforma, indipendentemente dalla qualificazione del vincolo contrattuale, alle quali si applica una tutela-base prevista dall'art. 10. In quest'ultima ipotesi, si tratta di persone «che non hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro» (art. 1, par. 2) e che vengono identificate con i lavoratori genuinamente autonomi: o meglio, questa è la traduzione ufficiale della definizione adottata dalla Direttiva.

Nella prospettiva nazionale, l'incognita riguarda, in primo luogo, l'inquadramento riconosciuto al lavoro digitale giuridicamente autonomo, ma svolto in condizioni di parasubordinazione o di etero-organizzazione (*ex art. 2, d.lgs. 81/2015*). La prima impressione è che – in base al meccanismo presuntivo della subordinazione – queste forme di lavoro ibride o intermedie siano riconducibili al livello di tutela forte: i lavoratori delle piattaforme parasubordinati o etero-organizzati dovrebbero essere considerati alla stregua di coloro che «hanno un contratto o un rapporto di lavoro» (cfr. art. 2, par. 1, n. 4). Così interpretata, la disciplina europea comporterebbe una notevole semplificazione e una ricomposizione del frastagliato mercato del lavoro digitale, distinguendo i lavoratori che hanno un rapporto subordinato e coloro che sono autenticamente autonomi, cioè i lavoratori occasionali che, di norma, erogano prestazioni *spot*.

Ciò premesso in termini indubbiamente apodittici, va subito aggiunto che sul punto la proposta di Direttiva non è affatto chiara. Anzi, nel *Considerando* 19, dopo aver confermato che la finalità principale è il contrasto del lavoro autonomo falso o fittizio, il legislatore europeo avverte che nell'ipotesi del lavoro autonomo genuino oppure di «una forma di lavoro intermedia», occorre applicare i diritti e gli obblighi pertinenti. Analoga indicazione si coglie nell'illustrazione della proposta (*sub art. 1*), dove si precisa che le tutele collegate alla gestione algoritmica riguardano anche le persone prive di un rapporto di lavoro, «vale a dire i veri lavoratori autonomi e coloro che hanno un'altra situazione occupazionale eventualmente esistente in alcuni Stati membri».

Ciò lascia intendere che alla categoria dei lavoratori autonomi dovrebbero essere accomunati coloro che svolgono una forma di lavoro intermedia o ibrida, come definita dal

diritto nazionale (che corrisponde, nel nostro ordinamento, al lavoro parasubordinato), e sono pertanto esclusi dalla tutela forte accordata dalla Direttiva.

Resta il fatto che gli indici che fanno scattare la presunzione legale dell'esistenza di un rapporto di lavoro si riferiscono ad una nozione ampia di subordinazione, più simile ad una condizione che il diritto domestico definisce come parasubordinazione o etero-organizzazione. Gli elementi considerati dall'art. 4 della Direttiva richiamano, infatti, un vincolo di dipendenza organizzativa e funzionale rispetto alla piattaforma, mentre risultano trascurati e non più essenziali gli indici tradizionali dello *status* di subordinazione: come, ad es., il rispetto di un orario di lavoro predefinito o la soggezione al potere direttivo e sanzionatorio del datore.

È probabile che, nell'intento del legislatore europeo, la presunzione legale dovesse operare solo come un meccanismo processuale, inteso a catturare i rapporti di lavoro simulati e fittizi (secondo l'art. 4, par. 3, infatti, gli Stati membri devono evitare di applicarla ai veri lavoratori autonomi). Dunque, l'obiettivo sarebbe solo quello della facilitazione probatoria dell'esistenza del vincolo di subordinazione, come definito dall'ordinamento giuridico nazionale. Eppure, gli indici presuntivi appaiono così larghi e inclusivi da assumere inevitabilmente un significato sostanziale e una portata definitoria - almeno in modo indiretto - così determinando un probabile ampliamento della nozione di lavoratore subordinato a livello europeo ⁽⁸⁾, oltre che a livello nazionale.

È pur vero che qui si annida un nodo ermeneutico complesso. La nozione di subordinazione derivante dal diritto eurounitario assume un carattere sussidiario e residuale rispetto alle definizioni previste dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore negli ordinamenti nazionali (cfr. art. 2, par. 1, n. 4). In tal modo, si evita d'introdurre una nozione unitaria e univoca, salvaguardando le competenze legislative dei singoli Paesi, ma si richiede al contempo di tener conto degli indirizzi della giurisprudenza della Corte di giustizia (in verità, non sempre univoci). Considerato, però, che la nozione sussidiaria risulta così ampia, ed è assistita da una procedura di accertamento presuntivo, è ragionevole ipotizzare che, in concreto, si realizzi un'estensione dell'area della subordinazione, sebbene permangano le difficoltà di funzionamento del meccanismo presuntivo nell'intreccio tra il diritto eurounitario e gli ordinamenti nazionali ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Secondo S. Giubboni, *La proposta di Direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale*, *Menabò di Etica ed Economia*, n. 164/2022, 16 gennaio 2022, 3, la proposta potrebbe contribuire «in misura assai significativa a rafforzare la valenza della nozione europea di subordinazione, potenzialmente anche oltre l'ambito del lavoro tramite piattaforme digitali», legittimando usi espansivi della nozione da parte dei giudici nazionali, oltre che della Corte di giustizia.

⁽⁹⁾ Come osserva M. Barbieri, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva*, cit., C.10: «Dunque, in caso di approvazione, avremo una presunzione relativa di subordinazione, di diritto eurounitario, che però potrà essere superata in ventisette modi diversi. Che ne possa venire fuori un *level playing field* appare quanto meno dubbio, dipendendo in sostanza dall'equilibrio che si stabilirà nel dialogo tra le Corti dei diversi Paesi e la Corte di Giustizia».

Secondo una diversa tesi interpretativa, la nozione di subordinazione che si evince dalla proposta europea non avrebbe implicazioni definitorie né tanto meno sistematiche, comportando solo un'estensione limitata ed in via «equitativa» della condizione di dipendenza a favore degli operatori su piattaforma, in sé giustificata dalla loro sottoprotezione sociale ⁽¹⁰⁾. Dunque, si tratterebbe di una nozione settoriale o speciale di subordinazione, assimilabile a quella prevista dalla legge sul lavoro a domicilio negli anni '70 del secolo scorso, applicabile esclusivamente all'ipotesi del lavoro su piattaforma.

Va rilevato tuttavia che il paradigma giuridico della subordinazione non si fonda su una nozione oggettiva e ontologica di lavoro subordinato, ma sul parametro dell'art. 3 Cost. che impedisce di tutelare in modo differente situazioni lavorative che la legge considera equivalenti. Lo ha sostenuto la Cassazione – nella nota sentenza n. 1663 del 2020 – per legittimare l'estensione delle tutele lavoristiche ai *riders*. In altri termini, non pare facile – una volta ampliata la nozione di subordinazione «in via equitativa» per una determinata categoria di lavoratori – ritenere che sia precluso lo stesso trattamento giuridico a coloro che si trovano in una situazione analoga o sostanzialmente equivalente.

In relazione al campo di applicazione soggettivo disegnato dalla proposta di Direttiva va segnalato, inoltre, un rischio di segmentazione verticale della platea dei lavoratori nei differenti settori dell'economia digitale, potenzialmente suscettibile di provocare una disparità di trattamento.

Come si è anticipato, la disciplina europea include indistintamente tutti i lavoratori tramite piattaforma, ma nel nostro ordinamento gli operatori del settore *delivery* e, in particolare, i *riders* autonomi sono già titolari di una serie di diritti minimi derivanti dalla l. n. 128/2019. Ciò implica che – in base alla clausola di non regresso prevista dalla Direttiva (art. 20) – ai lavoratori di questo settore continueranno ad applicarsi le tutele nazionali in aggiunta alle garanzie introdotte dalla normativa europea; mentre ai lavoratori autonomi delle piattaforme che non rientrano in quel settore produttivo oppure operano solo *online*, spetteranno esclusivamente i diritti connessi alla gestione algoritmica.

Nella fase di trasposizione della Direttiva, il legislatore nazionale dovrà darsi carico di scongiurare l'eventuale disparità di effetti giuridici. Basti osservare che una segmentazione verticale delle tutele ha poca ragion d'essere in un'economia digitale in rapida espansione, nella quale i settori produttivi sono in prevalenza ibridi e, soprattutto, risultano molto permeabili tra loro.

⁽¹⁰⁾ G. Bronzini, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'«umanesimo digitale»*, LDE, 1/2022, 11-12.

3. L'accertamento della condizione occupazionale e il congegno della presunzione legale

Il secondo nodo problematico sollevato dalla proposta europea riguarda l'attuazione della procedura introdotta dall'art. 4 ai fini dell'accertamento del lavoro subordinato su piattaforma: una procedura che ogni Stato membro dovrà adattare alle caratteristiche del proprio ordinamento e al funzionamento del sistema giudiziario nazionale (art. 4, par. 1).

Il legislatore europeo persegue un condivisibile obiettivo di regolarizzazione ed è innegabile il *favor* per la qualificazione giuridica in senso subordinato del lavoro digitale. Senza dubbio il meccanismo della presunzione legale favorisce il contrasto degli abusi del lavoro autonomo e agevola la posizione processuale del lavoratore che azioni il diritto ad un corretto inquadramento della condizione occupazionale. C'è da temere, tuttavia, che le aspettative suscitate dall'innovazione procedurale siano state un po' enfatizzate. Gli indici presuntivi elencati dalla Direttiva servono a dare certezza al rapporto contrattuale con la piattaforma, ma non è scontato che potranno determinare una migrazione automatica verso il lavoro subordinato, come invece pare suggerire il metodo semplice della *check-list* basato sul riscontro di almeno due elementi su cinque per far scattare la presunzione.

Il congegno legale abilita una procedura "guidata" per l'inquadramento del lavoro su piattaforma, ma non preclude al giudice la possibilità di accertare la condizione di dipendenza in base a fattori diversi e ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art. 4 par. 2 della Direttiva. In altri termini, la presunzione non rende affatto obsoleta o inutile la nozione di subordinazione elaborata dalla giurisprudenza domestica: probabilmente ne potrà ampliare lo spettro con l'introduzione di nuovi indici sintomatici, appropriati alle specificità del lavoro tramite piattaforma.

Del resto, i commentatori hanno subito rilevato che alcuni elementi presuntivi sono abbastanza superficiali e facilmente aggirabili ⁽¹¹⁾. Nei primi contenziosi relativi al lavoro dei *riders* si è constatato che le piattaforme di *food delivery* erano in grado di riconvertire o modificare con estrema rapidità il proprio modello organizzativo, persino durante lo svolgimento del processo. È noto, ad es., che la prenotazione degli *slot* orari è ormai superata: le piattaforme consentono ai *riders* una "loggatura" libera, così mettendo fuori gioco almeno un paio degli indicatori introdotti dalla Direttiva (cfr. art. 4, par. 2, lett. d-e). Al confronto con altri Paesi europei, quello italiano contempla un basso numero di piattaforme (26 rispetto alle 89 della Francia), mentre la platea degli addetti è molto superiore: ciò probabilmente significa che nel mercato italiano le piattaforme possono contare su un contingente di riserva così ampio che appare superfluo il ricorso ai turni orari e, non a caso, la forma d'ingaggio prevalente è quella del lavoro occasionale.

⁽¹¹⁾ Cfr. A. Donini, *Piattaforme*, cit., 40, che sottolinea il rischio di irrigidimento della nozione di subordinazione, senza peraltro che si eviti l'aggiramento delle nuove regole da parte delle piattaforme.

Dunque, risulta tuttora utile e competitivo il metodo giurisprudenziale di accertamento della natura giuridica del lavoro su piattaforma che, pur senza utilizzare un meccanismo presuntivo, individua un elenco aperto di indici sintomatici in grado di inseguire l'evoluzione dell'impresa digitale e delle sue modalità organizzative.

Un riferimento interessante in materia di utilizzo di criteri presuntivi è offerto dalla legge spagnola sul lavoro dei *riders* (l. n. 12/2021)⁽¹²⁾. La nozione giuridica di subordinazione non viene modificata e rimane ancorata alla condizione di assoggettamento rispetto ai tradizionali poteri datoriali, con l'aggiunta di un'importante precisazione: i poteri organizzativi possono essere esercitati dalla piattaforma anche in modo indiretto o implicito attraverso la gestione algoritmica. Pertanto, per superare la presunzione di subordinazione spetta alla piattaforma l'onere di confutare l'esistenza della condizione di assoggettamento (tenuto conto che, sul piano probatorio, non sarebbe semplice per il lavoratore digitale contestare il funzionamento del sistema algoritmico).

Vale la pena di rilevare che, in questo schema normativo, scompare la categoria intermedia del lavoro parasubordinato (sebbene l'ordinamento spagnolo preveda la figura del TRADE, lavoratore autonomo economicamente dipendente), mentre il legislatore nazionale punta sull'adeguamento della nozione di dipendenza giuridica nel contesto dell'economia digitale.

4. Di quali diritti del lavoro digitale stiamo parlando?

L'approccio regolativo a livello sovranazionale tende a configurare i diritti del lavoratore digitale sul piano individuale, estraendoli dal ceppo normativo della protezione dei dati personali e, in particolare, dal Regolamento europeo in materia di *privacy*: trasparenza e informazione preventiva, leggibilità delle decisioni automatizzate, monitoraggio periodico e supervisione umana, possibilità di riesame e correzione degli effetti dei sistemi algoritmici (cfr. artt. 6-8).

Anziché di diritti soggettivi concettualmente individuati, sembra trattarsi piuttosto di agibilità: cioè, di declinazioni – a carattere essenzialmente procedurale - dei principi generali di trasparenza e di *accountability* relativi alla gestione algoritmica. Sono agibilità riconosciute alla persona fisica in quanto tale, che vengono trasferite con maggior dettaglio operativo sul piano della relazione di lavoro con la piattaforma (ed estese, su richiesta, ai rappresentanti dei lavoratori e alle autorità pubbliche). Non è casuale che, secondo la proposta europea, il controllo sull'osservanza delle regole della gestione algoritmica e il

⁽¹²⁾ Cfr. A. Baylos Grau, *Il viaggio accidentato verso il lavoro dei riders in Spagna. Analisi della legge n. 12/2021*, in questo numero di LLI. Un meccanismo presuntivo è stato previsto anche dal legislatore portoghese nel settore del trasporto passeggeri: cfr. J. Leal Amado – T. Coelho Moreira, *La legge portoghese sul trasporto passeggeri tramite piattaforma elettronica: soggetti, rapporti, presunzioni*, LLI, 2019, 1, 48 ss.

relativo potere sanzionatorio amministrativo siano attribuiti – in primo luogo - ai Garanti nazionali per la protezione dei dati personali, in conformità al Regolamento di *privacy* (art. 19) ⁽¹³⁾.

Si tratta certo di acquisizioni rilevanti in termini di garanzia della persona e dei suoi dati personali, ma non sono propriamente acquisizioni lavoristiche, nel senso che non introducono principi sostanziali di protezione del lavoro digitale (fatta salva la disposizione che prescrive ai Paesi membri di prevedere «misure necessarie per vietare il licenziamento o suo equivalente» in conseguenza dell'esercizio dei diritti introdotti dalla Direttiva: art. 18).

Qualche esempio può essere utile a chiarire.

L'art. 6 della proposta concerne i doveri d'informazione posti a carico della piattaforma: la disposizione, di per sé molto dettagliata, non introduce limiti o garanzie materiali rispetto all'esercizio dei poteri organizzativi, ma impone la comunicazione dei «motivi alla base delle decisioni di limitare, sospendere o chiudere l'*account* del lavoratore delle piattaforme digitali o di non retribuire il lavoro svolto ... delle decisioni in merito alla situazione contrattuale del lavoratore delle piattaforme digitali o di qualsiasi decisione con effetti analoghi» (par.2, lett. b), iv).

All'informazione può far seguito una richiesta di spiegazione, da parte del lavoratore, che dovrà essere soddisfatta con tempestività, ed eventualmente una successiva richiesta di riesame del provvedimento assunto dalla piattaforma. Se, poi, la decisione automatizzata risulta lesiva i suoi diritti (quali?), scatta «senza indugio» la rettifica ove sia possibile, altrimenti spetta una compensazione adeguata del pregiudizio arrecato (art. 8).

D'altra parte, il *Considerando* 33 chiarisce che le piattaforme «non dovrebbero essere tenute a rivelare il funzionamento dettagliato dei loro sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, compresi gli algoritmi». Come dire che la trasparenza della gestione algoritmica è tutt'altro che incondizionata o assoluta ⁽¹⁴⁾.

In alcune ipotesi, la proposta sembra persino comprimere o restringere l'ambito operativo di alcune tutele sostanziali: ad es., quando riserva l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza solo ai lavoratori subordinati delle piattaforme (cfr. art. 7, par. 2 e art. 10, par. 1)⁽¹⁵⁾. In Italia la disciplina prevenzionistica si estende ai lavoratori parasubordinati e ai *riders* autonomi, ma persino la direttiva-quadro 89/391 Cee sembra ammettere una più ampia operatività della tutela.

⁽¹³⁾ Le regole derivanti dal Regolamento europeo di *privacy* sono già state applicate dal Garante italiano a carico delle piattaforme: cfr., ad es., Ordinanza ingiunzione nei confronti di Foodinho srl, provv. n. 234 del 10 giugno 2021, *doc. web* n. 9675440; Id., Ordinanza ingiunzione nei confronti di Deliveroo Italy srl provv. n. 285 del 22 luglio 2021.

⁽¹⁴⁾ Cfr. D. Stark – I. Pais, *Management algoritmico nell'economia delle piattaforme*, *E&L*, 3/2021, 57 ss., secondo i quali la gestione algoritmica implica una particolare modalità di controllo cibernetico «perché ad ogni piega del *feedback loop* l'*accountability* può essere deviata e negata».

⁽¹⁵⁾ L'esclusione è ribadita dal *Considerando* 40 che riserva la tutela prevenzionistica «specificatamente ai lavoratori subordinati». Sul punto v. A. Rota, *Sicurezza*, in M. Novella – P. Tullini (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 100.

Ancora, la Direttiva vieta il trattamento dei dati relativi alla salute e allo stato emotivo o psicologico degli operatori delle piattaforme, ma trascura di considerare quelli relativi alle opinioni politiche, religiose e sindacali. Un più ampio divieto, che include anche i dati genetici e biometrici, l'origine razziale o etnica e l'orientamento sessuale, è previsto invece dall'art. 9 del Regolamento di *privacy*.

Il rinvio alla clausola di non regresso potrà ovviamente risolvere queste incoerenze e rimediare ad eventuali difetti di raccordo normativo, impedendo un abbassamento dello *standard* nazionale di tutela. Peraltro, la proposta di Direttiva tace sulle garanzie sostanziali che sono rivendicate dai lavoratori su piattaforma, quanto meno da quelli che operano *offline* (ad es., divieto di discriminazione; garanzia dell'orario di lavoro minimo; utilizzo di *ranking* reputazionali; portabilità dei dati personali; diritto alla disconnessione e limiti alla disconnessione unilaterale disposta dalla piattaforma). Anzi, il *Considerando* 25 ammette il potere di controllo della piattaforma tramite mezzi elettronici, precisando che «l'uso di recensioni o valutazioni da parte dei destinatari del servizio», di per sé, non integrano un indice presuntivo dello *status* di subordinazione.

È lecito ritenere che, attraverso la procedura agevolata di accertamento della subordinazione, si potranno estendere tutte le normative nazionali di protezione del lavoro, ma in verità nulla è scontato e non è affatto certa la compatibilità delle garanzie pensate per il lavoro dell'età industriale.

In linea di principio, l'applicazione delle tutele lavoristiche nei confronti dei *riders* è già stata riconosciuta dalla giurisprudenza, ma resta la difficoltà di rendere effettive quelle medesime tutele nel contesto digitale. Un esempio emblematico riguarda l'obbligo contributivo a carico della piattaforma, che presuppone una concreta quantificazione del tempo lavorato. Si può discutere se il tempo di attesa per l'assegnazione dei compiti debba essere considerato alla stregua del tempo di lavoro effettivo: questo, infatti, non può coincidere solo con la consegna o il servizio, ma non può neppure comprendere tutto il periodo di collegamento alla piattaforma, specie se il modello imprenditoriale preveda la "loggatura" libera, che può essere anche continuativa. Neppure è scontata la possibilità di fissare un trattamento economico di disponibilità, analogo a quello del lavoro intermittente, in mancanza di una specifica disposizione legislativa. Su questi aspetti, in concreto molto rilevanti, la proposta di Direttiva non fornisce ausilio.

Non si può negare che la trasparenza della gestione algoritmica rappresenti un notevole passo avanti, ammesso che i lavoratori, come singoli, possano avvalersi delle informazioni obbligatoriamente fornite dalla piattaforma. La scommessa della trasparenza digitale si potrà giocare – più realisticamente – sul piano collettivo, a condizione che il sindacato si attrezzi con le necessarie competenze e rafforzi la sua capacità rappresentativa.

Infatti, fermi i diritti collettivi di informazione e consultazione a norma della Dir. 2002/14/Cee, la proposta europea prevede che, in assenza dei rappresentanti sindacali, siano gli stessi lavoratori a dialogare direttamente con la piattaforma (art. 9). A ciò si

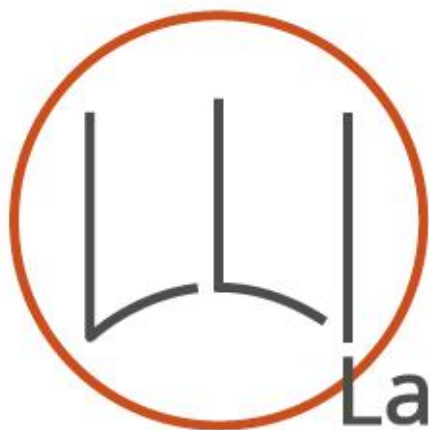
aggiunge l'apertura a favore di altre forme di rappresentanza sociale e di «altri soggetti giuridici» che abbiano interesse ad agire per conto o a sostegno di una o più persone per la tutela dei diritti connessi alla gestione algoritmica (art. 14).

L'intento dichiarato è quello di agevolare l'accesso alle procedure giudiziarie o amministrative per l'accertamento della condizione occupazionale, ma è ovvio che la platea dei soggetti abilitati alla rappresentanza e alla tutela collettiva diventa piuttosto affollata (e presumibilmente competitiva). Tanto più che la proposta fa salvo anche il ricorso all'art. 80 del Regolamento di *privacy* il quale promuove una pluralità di organismi di rappresentanza che sono attivi nel settore della protezione dei dati. Proprio interpretando quest'ultima disposizione, la Corte di giustizia ha ritenuto ammissibile l'esercizio di azioni collettive da parte di associazioni e organismi di tutela dei consumatori, anche a prescindere da uno specifico mandato (se il diritto nazionale lo consente), accogliendo una nozione estensiva dei soggetti legittimati alla rappresentanza di interessi collettivi in materia di protezione dei dati personali ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ CgUe, 28 aprile 2022, C-319/20, Meta Platform Ireland Limited, già Facebook Ireland Limited v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände.

Bibliografia

- Alaimo A., *Lavoro e piattaforme tra subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione europea*, DRI, 2022, fasc. 2, 639 ss.
- Barbieri M., *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in LLI, 2021, 2, C.1-C.20.
- Baylos Grau A., *Il viaggio accidentato verso il lavoro dei riders in Spagna. Analisi della legge n. 12/2021*, in LLI, 2022, 1, C.1-C.19.
- Bronzini G., *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'«umanesimo digitale»*, in LDE, 1/2022.
- Donini A., *Piattaforme*, in M. Novella – P. Tullini (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, 2022, 25-45.
- Floridi L. - Finocchiaro G. - Pollicino O., *Quattro orientamenti per completare il modello digitale Ue*, in www.ilsole24ore.com, 6 gennaio 2022.
- Giubboni S., *La proposta di Direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 164/2022, 16 gennaio 2022.
- Leal Amado J. – Coelho Moreira T., *La legge portoghese sul trasporto passeggeri tramite piattaforma elettronica: soggetti, rapporti, presunzioni*, in LLI, 2019, 1, 47-81.
- Rota A., *Sicurezza*, in M. Novella – P. Tullini (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, 2022, 83-103.
- Stark D.– Pais I., *Management algoritmico nell'economia delle piattaforme*, in *Econ. & Lav.*, 2021, 3, 57-80.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Riders: un altro passo verso la subordinazione

ALESSANDRA INGRAO

Università degli Studi di Milano

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695



Riders: un altro passo verso la subordinazione

ALESSANDRA INGRAO

Università degli Studi di Milano
Ricercatrice di Diritto del Lavoro
alessandra.ingrao@unimi.it

ABSTRACT

The article comments on the recent ruling of the Court of Milan that re-qualified a Deliveroo rider as a subordinate worker. The article affirms that subordination is compatible with discontinuity and occasionality of performance and does not presuppose a constraint of making work available. Finally, it contains some reflections on the relationship between hetero-direction and hetero-organization.

Keywords: riders; employment relationship; subordinate work; Hetero-direction; Hetero-organization.

<https://doi.org/10.6092/issn2421-2695/15102>

***Riders*: un altro passo verso la subordinazione**

SOMMARIO: 1. L'importanza strategica della sentenza del Tribunale di Milano. – 2. La subordinazione è compatibile con la discontinuità e saltuarietà delle prestazioni e non presuppone un vincolo di messa a disposizione dell'energia lavorativa. – 3. Il potere direttivo di Deliveroo e la compressione della sfera giuridica del *rider*. – 4. Che cosa resta dell'etero-organizzazione? – 5. Giudizio di qualificazione, algoritmi, *free login* e rivitalizzazione dei poteri istruttori del giudice del lavoro.

1. L'importanza strategica della sentenza del Tribunale di Milano

Il Tribunale di Milano ha stabilito che il rider ricorrente è lavoratore subordinato di Deliveroo a tempo pieno con diritto all'inquadramento nel 6° livello del CCNL Commercio ⁽¹⁾ e con conseguente diritto alle differenze retributive (oltre ferie e permessi) per il – seppur breve – periodo lavorato (ossia da dicembre 2018 a febbraio 2019).

Si tratta di una sentenza importante che, attraverso un logico ed equilibrato percorso argomentativo in diritto, dimostra quanto sia illusoria la pretesa di (alcune) piattaforme del *food delivery* di porsi come meri intermediari tra consumatori (ristoranti) e *riders*; questi ultimi considerati, nelle condizioni unilaterali di contratto predisposte dalle piattaforme, lavoratori autonomi, liberi di scegliere se, come, quando, dove, quanto e come lavorare, secondo il falso e, per certi versi patologico, paradigma dell'imprenditore di sé stesso.

La sentenza ha infatti il merito di spiegare con motivazioni persuasive e approfondite come la subordinazione *tecnico-giuridica*, incentrata sull'esercizio del potere direttivo da parte della piattaforma (Deliveroo nel caso di specie), si realizza nel rapporto di lavoro dei ciclofattorini, marcando una differenza con il Tribunale di Palermo del 2020 ⁽²⁾ che al medesimo esito della riqualificazione ex art. 2094 c.c. era invece pervenuto facendo ricorso alla teoria della “doppia alienità”, non accolta però dalla giurisprudenza maggioritaria (§ 4).

⁽¹⁾ L'inquadramento della figura del ciclo-fattorino nel CCNL commercio – in luogo del CCNL di settore logistica e trasporto merci e spedizioni, come integrato dall'*addendum rider* del 18 luglio 2018 – è dovuta al fatto che la piattaforma applicava tale contratto ai propri dipendenti (non *rider*) (argomento ex art. 2070 c.c.). Al 6° livello del CCNL commercio appartengono “*i lavoratori che compiono lavori che richiedono il possesso di semplici conoscenze pratiche*”; in esso sono indicati esemplificativamente le figure del “*fattorino*” e del “*portapacchi*” perfettamente calzanti con l'attività del *rider*. Ne consegue, in base all'art. 198 del CCNL, il riconoscimento del diritto ad un orario a tempo pieno di 40 ore settimanali (non contestato dalla piattaforma in giudizio) con una retribuzione di € 1.407, 90 per 14 mensilità oltre accantonamento del TFR.

⁽²⁾ Trib. Palermo n. 3570 del 24 novembre 2020, commentata da M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nella sentenza di Palermo sui riders*, *LLJ*, 2020, vol. 6 n. 2, R63 ss.; F. Carinci, *L'ultima parola sui rider: sono lavoratori subordinati*, *LDE*, 2021 ss.; G. Cavallini, *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, *Giustiziacivile.com.*, 24 dicembre 2020, A. Riccobono, *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei riders: una «pedalata» verso la subordinazione*, *RGL*, 2021, 241 ss.

Ad ogni modo, queste pronunce, unitamente al Tribunale di Torino ⁽³⁾ hanno un'importanza strategica perché sembrano inaugurare (finalmente) un orientamento giurisprudenziale che evitando le complicazioni collegate alla fattispecie e alla disciplina dell'art. 2 d.lgs. 81/2015 (§ 4), riconosce piuttosto che i *rider* del *food delivery* sono dipendenti delle piattaforme, in linea con la giurisprudenza non solo europea, ma anche internazionale ⁽⁴⁾.

La sentenza del Tribunale di Milano – ma lo stesso si potrebbe dire della pronuncia palermitana e di quella torinese – supera, senza contraddirlo, l'insegnamento di Cass. n. 1663 del 24 gennaio del 2020 che – pur avendo dichiarato i ciclofattorini (impiegati nell'organizzazione di Foodora) collaboratori etero-organizzati ex art. 2 d.lgs. 81/2015 ⁽⁵⁾– aveva però allo stesso tempo riconosciuto che «non può neanche escludersi che, a fronte di specifica domanda della parte interessata fondata sul parametro normativo dell'art. 2094 cod. civ., il giudice accerti in concreto la sussistenza di una vera e propria subordinazione (nella specie esclusa da entrambi i gradi di merito con statuizione non impugnata dai lavoratori), rispetto alla quale non si porrebbe neanche un problema di disciplina incompatibile» invitando in conseguenza i giudici di merito ad esaminare attentamente le modalità effettive di svolgimento del rapporto, come allegate e provate dalle parti in causa (§ 5). In quel giudizio, in effetti, la domanda tesa al riconoscimento della subordinazione non era stata nemmeno proposta.

2. La subordinazione è compatibile con la discontinuità e saltuarietà delle prestazioni e non presuppone un vincolo di messa a disposizione dell'energia lavorativa

La sentenza in commento è tutta incentrata sulla ricerca della subordinazione tecnico-giuridica posta dall'art. 2094 c.c., che secondo il giudicante richiede un'attenta valutazione della *condizione di assoggettamento del lavoratore al potere direttivo del datore nel lasso temporale durante il quale la prestazione è svolta*. L'esercizio del potere direttivo, infatti, rende totalmente irrilevante ciò che avviene prima e dopo l'instaurazione e lo svolgimento in *executivis* del rapporto stesso, con la conseguenza che il giudizio di qualificazione può

⁽³⁾ Trib. Torino, 18 novembre 2021, nt. A. Garilli, C. De Marco, *La qualificazione del lavoro dei rider: ancora una volta il giudice accerta la subordinazione e individua nella piattaforma interponente il reale datore di lavoro*, *Labor*, 2022, 213 ss.

⁽⁴⁾ È ormai copiosa in diversi Paesi del mondo la giurisprudenza che riconosce la subordinazione dei ciclofattorini v. A. Aloisi, *Platform work in Europe: Lessons Learned, Legal Developments and Challenges Ahead*, *ELLJ*, 2022, v. 13, 1, 4 ss. e M.T. Carinci, F. Dorsemont, *Platform work in Europe: Toward Harmonization?*, Intersentia, 2021.

⁽⁵⁾ Per il commento cfr. M. T. Carinci, *I contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro alla luce di Cass. n. 1663/2020*, *RIDL*, 2020, I, 50-59; A. Maresca, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, *DRI*, 2020, n. 1, I, 146-152; R. Romei, *I riders in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, *RIDL*, 2020, 1, I, 89-100. Al tema è dedicato il numero monografico di *MGL* 2020 ed il primo fascicolo monografico di *LDE* 2020.

anche completamente prescindere dall'accertamento di un obbligo (formalmente dichiarato) del rider di accettare la consegna o di loggarsi sull'app per iniziare le corse. La subordinazione per il giudice attiene dunque al contenuto del rapporto e non ha nulla a che vedere con una (solo apparente, come si dirà al § 3) facoltà di rifiutare la singola prestazione. Ad avviso del Tribunale, pertanto, vi è subordinazione nonostante la piattaforma (almeno in apparenza) non mostri di pretendere lo svolgimento della prestazione lavorativa, in quanto il vincolo di messa a disposizione dell'energia lavorativa è elemento, temporalmente e logicamente, «esterno» al rapporto di lavoro che non concorre a connotarlo né come autonomo né come subordinato.

Benché tale affermazione non sia condivisa da coloro che, appellandosi alla ormai risalente giurisprudenza sui *pony express* ⁽⁶⁾, ritengono che l'esercizio del potere direttivo debba essere accompagnato da un obbligo del lavoratore di mantenere nel tempo la messa a disposizione delle energie lavorative ⁽⁷⁾, la statuizione del Tribunale di Milano non è affatto un *unicum* isolato in giurisprudenza. Diverse sentenze della Corte di Cassazione, infatti, – giudicando rapporti di lavoro in settori diversi dalla *gig economy* – hanno riconosciuto che la subordinazione possa configurarsi anche in mancanza di vincoli predefiniti e dichiarati che obblighino il lavoratore ad assicurare continuamente la propria disponibilità. Del resto, non tutti i rapporti di lavoro subordinato possono essere identici nelle loro condizioni di manifestazione estrinseca e si dà il caso che – fermo restando l'esercizio del potere direttivo come minimo comun denominatore (almeno per l'orientamento maggioritario della giurisprudenza⁽⁸⁾) – vi siano settori dell'agire umano dove la subordinazione si realizza anche in presenza di una serie ripetuta di prestazioni *intermittenti, discontinue* e financo *saltuarie* non accompagnate dalla permanenza nel tempo di un obbligo di tenersi a disposizione⁽⁹⁾. Così è stato giudicato per esempio dalla Corte con

⁽⁶⁾ Su cui si veda per tutti P. Ichino, *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, nota a Pret. Milano, 20 giugno 1986, RIDL, 1987, II, 76 ss.

⁽⁷⁾ Si veda innanzitutto l'affermazione di Trib. Torino ad avviso del quale è «evidente che se il datore di lavoro non può pretendere dal lavoratore lo svolgimento della prestazione lavorativa non può neppure esercitare il potere direttivo ed organizzativo». Ma cfr. altresì A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Giuffrè, 1996, 11 e 176-177.

⁽⁸⁾ «L'elemento essenziale di differenziazione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato consiste nel vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro» è la massima ripetuta dalla giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. 30 gennaio 2019, n. 2724; Cass. 16 novembre 2018, n. 29646; Cfr. Cass. 2015 n. 7024 che rafforza la statuizione affermando che «gli altri elementi quali l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario e la forma della retribuzione, pur avendo natura meramente sussidiaria e non decisiva possono costituire indici rivelatori della subordinazione, idonei a prevalere sulla eventuale volontà contraria manifestata dalle parti (...)».

⁽⁹⁾ A partire da Cass. 3 novembre 1981, n. 5807, passando per Cass. 1° settembre 1986, n. 5363; e Cass. 4 settembre 2003, n. 12926, la giurisprudenza di legittimità afferma la compatibilità degli elementi essenziali dell'art. 2094 c.c. con prestazioni discontinue e saltuarie valorizzando la «dedizione funzionale» agli scopi produttivi dell'impresa dimostrata dal lavoratore, sebbene essa non coincida con un obbligo continuo e perdurante nel tempo di adempiere. In dottrina, V. Maio, *Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazioni del rapporto e tutele*, ADL, 2019, 582 ss, spec. 589-591; M. Barbieri, *della subordinazione dei cicofattorini*, LLI, 2019, n. 2, spec. 23-24. Una giustificazione teorica di questa posizione si rinviene in M.

riferimento all'attività dei camerieri ⁽¹⁰⁾, degli scaricatori portuali ⁽¹¹⁾ e, come la stessa sentenza riconosce, con riguardo all'attività di ricevitoria scommesse per le agenzie ippiche ⁽¹²⁾.

Peraltro, a medesime conclusioni si perviene valorizzando il dato sistematico della presenza nell'ordinamento all'interno del *genus* rapporto di lavoro subordinato della *species* lavoro intermittente, previsto e disciplinato *anche* senza patto di disponibilità e in assenza di un obbligo di rispondere alle chiamate (cfr. art. 13, co. 4, ss. d.lgs. 81/2015). Tale tipologia contrattuale, benché parecchio discussa ⁽¹³⁾, dimostra che la subordinazione non è incompatibile con una mera *promessa* del prestatore subordinato di lavorare nel tempo e per il tempo che sarà via via stabilito in corso di esecuzione e comunque in assenza di qualsivoglia predeterminazione negoziale della durata e della collocazione temporale. Anzi, è stato osservato come proprio il lavoratore a chiamata sia il lavoratore subordinato «*par excellence*» ⁽¹⁴⁾ giacché la sua prestazione deve raggiungere l'apice della versatilità e adattabilità per soddisfare le esigenze di un'organizzazione etero-imposta ed imprevedibilmente mutevole. In effetti, all'interno dello schema causale del contratto di lavoro a chiamata l'intermittenza riveste un ruolo decisivo, avendo la funzione di liberare il creditore della prestazione dal rischio di dover retribuire il prestatore quando il lavoro manca. Insomma, la discontinuità, intermittenza o saltuarietà è perlopiù un aspetto, compatibile con il rapporto di lavoro subordinato, che l'ordinamento ammette nell'interesse del datore di lavoro e non può perciò divenire causa di sotto-protezione del lavoratore.

3. Il potere direttivo di Deliveroo e la compressione della sfera giuridica del rider

Una volta chiarito che la subordinazione tecnico-funzionale attiene esclusivamente al contenuto del rapporto durante il suo svolgimento la sentenza motiva in modo analitico le circostanze di fatto che dimostrano come il *rider* non sia affatto libero di scegliere se, come, quando e quanto lavorare. Ogni condizione d'esecuzione della consegna è determinata unilateralmente dalla piattaforma-datore di lavoro con conseguente ed irrimediabile compressione della libertà esecutiva del lavoratore.

Dell'Olio, *I soggetti e l'oggetto del rapporto di lavoro*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. 15, tomo I, Utet, 1991, 12-13, con argomento *ex art.* 2126 c.c.

⁽¹⁰⁾ Cass. 7 gennaio 2009, n. 58.

⁽¹¹⁾ Cass. 1° agosto 2008, n. 21031.

⁽¹²⁾ *Inter alia* Cass. 13 febbraio 2018, n. 3457.

⁽¹³⁾ Cfr. E. Ghera, A. Garilli, D. Garofalo, *Diritto del lavoro*, Torino, 2017, 570; F. Bano, *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, LD, 2006, 293 ss.; R. Voza, *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato flessibile"*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2005, 75 ss.

⁽¹⁴⁾ A. Bollani, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, a cura di M. Magnani, P.A. Varesi, Giappichelli, 2005, 405, spec. 415.

Innanzitutto, il lavoratore se intende aggiudicarsi la consegna è tenuto a presentarsi fisicamente nella zona in cui si trova il ristorante o punto di prelievo della merce. L'argomento, già speso in passato dal Tribunale di Amsterdam nel 2019⁽¹⁵⁾, prova che la piattaforma pretende che il lavoratore ancor prima di eseguire il lavoro si faccia trovare a disposizione nel periodo di tempo che precede l'esecuzione della prestazione. Da quanto emerso dall'istruttoria testimoniale, all'inadempimento di tale indicazione spaziale, conseguiva la perdita dell'occasione lavorativa, accompagnata da una penalizzazione (*sub specie* di decurtazione del punteggio di affidabilità, su cui *infra*) che rappresenta senz'altro una sanzione disciplinare atipica, dato il suo carattere affittivo⁽¹⁶⁾.

In secondo luogo – ed è questo un argomento decisivo che a quanto consta non è mai stato utilizzato in passato – il lavoratore non è libero di determinare né il come né il quanto della prestazione. Infatti, è la piattaforma Deliveroo ad obbligarlo a consegnare un pacco per volta ed a decidere quante consegne affidargli nel corso di un singolo turno. È evidente che se il fattorino fosse davvero un lavoratore autonomo potrebbe decidere, a sua discrezione e convenienza, quando sia maggiormente opportuno trasportare più *food box* per volta (perché magari preparate dal medesimo ristorante o nel caso in cui queste siano da recapitare in più scale del medesimo condominio). Il fattorino quindi non è affatto libero di organizzare il proprio lavoro, ma si limita a mettere a disposizione della piattaforma la propria forza lavoro perché questa la diriga e la gestisca ottimizzandola per raggiungere i propri fini produttivi.

In terzo luogo, è noto e ormai molto dibattuto in letteratura⁽¹⁷⁾, che le piattaforme per raggiungere la massima efficienza nel servizio commerciale che offrono agli utenti si avvalgono di algoritmi. Nel caso di Deliveroo “Frank” – che curiosamente prende il nome da un personaggio interpretato da Danny DeVito nella sit-com “C'è sempre il sole a Philadelphia”, Frank Reynolds, un *business man* cinico e manipolatore con una tendenza spiccata a prendere decisioni illegali (sino ad arrivare a sfruttare i propri figli) – non soltanto ha il compito di assegnare le consegne ai *riders* disponibili; ma piuttosto svolge questo compito nutrendosi ed elaborando i dati personali dei *rider* (numero di consegne svolte, periodicità, orari, assenza ecc.) e stilando classifiche basate sul punteggio personale di

⁽¹⁵⁾ Rechtbank Amsterdam 15.1.2019, n. 7044576 CV EXPL 18-14763 reperibile online.

⁽¹⁶⁾ Non si condivide la tesi di Trib. Milano, 10 settembre 2018, in *ADL*, 2019, n. 1, 151, con nota di E. Dagnino, *Ancora ostacoli sulla “via giurisprudenziale” alla protezione dei lavoratori della gig economy in Italia*; la sentenza, sostenendo la tesi dell'autonomia dei fattorini, ha ritenuto che il sistema algoritmico di elaborazione e attribuzione di punteggio «non dà luogo all'applicazione di sanzioni affittive ... ma solo ad una rimodulazione delle modalità di coordinamento in funzione dell'interesse del committente ad una più efficiente gestione dell'attività, che non mette comunque in discussione la libertà del prestatore di scegliere giorni e orari di lavoro, sia pure in un ventaglio di possibilità più limitato».

⁽¹⁷⁾ Sia consentito rinviare alla cospicua bibliografia citata nell'Itinerario di ricerca scritto con A. Donini, *Algoritmi e lavoro*, 2022, reperibile su <https://www.labourlawcommunity.org/wp-content/uploads/2022/05/ALGORITMI-E-LAVORO-A.-Donini-A.-Ingrao-25.5.22-docx-1.pdf>

ciascun fattorino (*rating*). Cosicché la distribuzione delle consegne non avviene né in modo casuale né tanto meno secondo logiche distributive paritarie: i servizi di consegna sono piuttosto assegnati prioritariamente ai fattorini che si comportano bene, secondo gli standard comportamentali decisi da Deliveroo e settati nell'algoritmo. I *rider* considerati "affidabili" dalla piattaforma, infatti, guadagnano un diritto di accesso prioritario alla fase di prenotazione (cioè possono visualizzare nell'*app* il calendario di prenotazione in notevole anticipo rispetto a quelli che non sono risultati affidabili) e quindi hanno maggiori possibilità di vedersi assegnare ordini dalla piattaforma e/o di poterli svolgere in orari desiderabili. In questa logica, la piattaforma attribuisce un punteggio speciale per il lavoro prestato nei periodi di maggiore richiesta delle consegne (venerdì, sabato e domenica, a pranzo e cena).

Il giudice nella sentenza compie un passo decisivo rispetto alle argomentazioni svolte in passato – che si basavano grossomodo sulla capacità di questi sistemi di etero-organizzare le prestazioni dei ciclo-fattorini – avanzando l'ipotesi particolarmente convincente e suggestiva che i comportamenti sopradetti – collegarsi in tempo, trovarsi nella zona limitrofa al ristorante prima dell'inizio della corsa, lavorare il *week end* o in certi *slot* orari – sono comportamenti «imposti» dalla piattaforma e perciò oggetto di eterodirezione. A ben ragionare, qualora il rider non adempie perfettamente alla richiesta della piattaforma esso subisce delle conseguenze penalizzanti, assistendo all'abbassamento del proprio *rating*. All'inadempimento di tali doveri, dunque, consegue un'afflizione ricollegabile all'esercizio di un potere che la piattaforma esercita per mezzo dell'algoritmo.

In quarto ed ultimo luogo, il rider è soggetto per tutto il corso dell'esecuzione del rapporto di lavoro (ed anche nei periodi antecedenti all'esecuzione delle consegne) ad un penetrante potere di controllo a distanza esercitato per il tramite di un GPS.

4. Che cosa resta dell'etero-organizzazione?

La sentenza, parallelamente all'analisi della subordinazione tecnico-funzionale, non manca di considerare che la prestazione del rider è «organizzata unilateralmente dall'esterno», con incidenza diretta sulle modalità di esecuzione, tempi e luoghi della prestazione (punto 5 della sentenza). La statuizione sembrerebbe far trapelare dal testo della pronuncia che accanto ad una subordinazione tecnico-giuridica, basata esclusivamente sull'esercizio del potere direttivo, sia meritevole delle tutele del lavoro subordinato anche la condizione di chi assista all'inserzione o incorporazione della propria prestazione in una organizzazione produttiva altrui.

Tale affermazione riporta in auge un dibattito teorico che le sentenze intervenute nel settore del *food delivery* stanno rivitalizzando e che sostanzialmente è teso a stabilire un rapporto tra etero-direzione ed etero-organizzazione.

È noto che a partire dalla famosa sentenza della Corte Costituzionale n. 30/1996⁽¹⁸⁾, l'accertamento della subordinazione possa conseguire, non solo alla dimostrazione dell'eterodirezione – secondo una concezione restrittiva le cui rigidità sono temperate dal pragmatismo dei giudici che spesso si accontentano della presenza simultanea di indici sussidiari e rivelatori della subordinazione⁽¹⁹⁾ –, ma anche in applicazione della teoria della doppia alienità, secondo la quale vi è subordinazione ogniqualvolta risultino altrui: a) l'organizzazione in cui la prestazione del lavoratore è inserita b) il risultato economico-produttivo della prestazione, nel senso della sua destinazione esclusiva al datore di lavoro.

Al di là di coloro che non condividono la tesi, perché la considerano strettamente legata al caso specifico oggetto di giudizio della Corte Costituzionale⁽²⁰⁾, v'è da considerare che non è stata esigua la schiera delle sentenze di merito⁽²¹⁾ e legittimità⁽²²⁾ che hanno utilizzato il parametro della inserzione organica nell'organizzazione altrui (anche se lasciando in ombra il dato economico della destinazione altrui del risultato produttivo) al fine di dirigere il giudizio qualificatorio verso l'esito della subordinazione.

Tant'è vero che, all'indomani dell'entrata in vigore dell'ambiguo testo dell'art. 2 d.lgs.81/2015 – che come noto ha compiuto uno «spacchettamento»⁽²³⁾ delle collaborazioni autonome con contestuale «traghetto forzoso»⁽²⁴⁾ delle collaborazioni

⁽¹⁸⁾ C. Cost, in *DL*, 1996, 1, 52 ss. e *RCDL*, 1996, 616 ss.; la tesi è elaborata analiticamente in L. Mengoni, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, 1971. La tesi è condivisa da M. Roccella, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, *QS*, 2008, 71, spec. 102 ss., da ultimo M. Barbieri *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura*, in U. Carabelli, Fassina, (a cura di) *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, CGIL Ufficio Giuridico, 2020, 3, 92.

⁽¹⁹⁾ Come noto, si tratta di tutti quei casi in cui la giurisprudenza ammette il soccorso probatorio degli indici sussidiari (continuità e durata del rapporto, regolamentazione dell'orario, cadenza regolare del compenso ecc.) in assenza di prova dell'etero-direzione, considerato elemento essenziale. Tale ipotesi occorre quando le mansioni risultino predeterminate *ab origine* nelle modalità di esecuzione perché ripetitive, elementari o monotone, v. sul punto Cass. 4 luglio 2017, n. 16377, *GD*, 2017, n. 39, 54, relativa a un caso di fattorini addetti alla consegna a domicilio di pizze; Cass. 10 aprile 2017, n. 9157, *DJ*, relativa al caso di addetti alla consegna di quotidiani; Cass. 19 luglio 2013, n. 17718, *ivi*, relativa al caso di un addetto ad un'agenzia di scommesse ippiche. Lo stesso soccorso probatorio è ammesso da parte della giurisprudenza nei casi in cui le mansioni si caratterizzano per uno spiccato grado di professionalità e creatività e, dunque, la loro esecuzione non abbisogni di direttive puntuali, Cass. 3 maggio 2017, n. 10685, *ADL*, 2017, n. 6, 1568, con nota di S. D'Ascola, *Sul rapporto di lavoro del collaboratore fisso. V. il leading case Cass., Sez. Un. 30 giugno 1999, n. 379, GCM*, 1999, 1517.

⁽²⁰⁾ Per gli altri v. A. Zoppoli, *Le collaborazioni eteroorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, *DRI*, 2020, 3, 716 ss.

⁽²¹⁾ Trib. Roma, 29 agosto 2020, n. 3889, *DJ*; Trib. Lucca 18 gennaio 2018, n. 35; App. Genova 30 settembre 2013; Trib. Siena, 24 luglio 2012, n. 32; Trib. Siena 12 luglio 2012, n. 16; Trib. Siena, 27 aprile 2011, n. 257; Trib. Siena 15 ottobre 2010, n. 119; Trib. Siena 6 settembre 2010, n. 80.

⁽²²⁾ Cfr. Cass., 16 gennaio 2007, n. 820, *RGL*, 2007, 4, 654, nt. Allamprese, *Subordinazione e doppia alienità: la Cassazione batte un colpo*. In termini M. Barbieri, *Della subordinazione*, cit. 13, nota 32 che cita Cass. 22 luglio 2019, n. 19657; Cass. 23 ottobre 2018, n. 26813; Cass. 13 giugno 2017, n. 14660; Cass. 16 gennaio 2007, n. 820.

⁽²³⁾ O. Razzolini, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 266/2015, 2.

⁽²⁴⁾ R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 282/2015, 14.

personali, continuative e «organizzate dal committente» nell'area di disciplina della subordinazione ⁽²⁵⁾ – una parte della dottrina aveva interpretato la norma come “di fattispecie”, tesa cioè ad ampliare le maglie della definizione e dell'ambito applicativo dell'art. 2094 c.c., proprio sul presupposto che essa si limitava a recepire orientamenti emersi da tempo in quella giurisprudenza protesa a «vaporizzare» ⁽²⁶⁾ il potere direttivo di stampo gerarchico assimilandolo al «potere di organizzazione sulle modalità esecutive della prestazione» ⁽²⁷⁾, codificando uno degli indici sussidiari principali utilizzati dalla giurisprudenza sulla cd. subordinazione allargata.

Successivamente, però Cass. n. 1663/2020 – ma non si dimentichi il pronunciamento della Corte d'Appello di Torino sul caso *Foodora* ⁽²⁸⁾ – obliterando definitivamente la tesi della norma di fattispecie, ha chiarito che l'art. 2 (come modificato dalla l. 128/2019) è norma anti-elusiva e rimediabile che estende la disciplina della subordinazione (ove compatibile) a collaborazioni che conservano la loro natura autonoma. Cosicché l'inserimento organico della prestazione nell'organizzazione altrui, da indice-spia della subordinazione è divenuto, per spinta legislativa (ed interpretazione giudiziale sostanzialmente imposta perché tesa a interpretare l'art. 2 d.lgs. 81/2015 in senso costituzionalmente conforme ⁽²⁹⁾), un elemento del lavoro autonomo, continuativo, al ricorrere del quale è prevista l'estensione *quoad effectum* della disciplina della subordinazione.

⁽²⁵⁾ Cui ha fatto da *pendant* l'abrogazione integrale, da parte dello stesso d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, della disciplina del lavoro a progetto (art. 52, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81) che aveva predisposto un corredo minimale di tutele a favore dei collaboratori coordinati e continuativi di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c.

⁽²⁶⁾ G. Ferraro, *Collaborazioni organizzate dal committente*, RIDL, 2016, n. 1, I, 53 ss., spec. 62; nello stesso senso O. Razzolini, *La nuova disciplina*, cit. 4. In giurisprudenza, v. Trib. Roma 8 maggio 2017, n. 4219 e Id. 12 marzo 2018, n. 1841, DJ, secondo cui l'eterorganizzazione richiede «che la prestazione sia retta dalle regole dell'organizzazione del “committente” nel cui contesto produttivo il prestatore sia pienamente inserito, ovvero che il prestatore non abbia apprezzabili margini di autonomia organizzativa» oppure l'eterodirezione, da intendere «nel mero senso di stabile disponibilità nel tempo alle mutevoli esigenze dell'impresa, che implica di per sé una condizione di assoggettamento al potere direttivo riferibile alla previsione dell'art. 2094 c.c.».

⁽²⁷⁾ *Ivi*, 62.

⁽²⁸⁾ App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, RIDL, 2019, n. 2, II pp. 340 ss. con nota di M.T. Carinci, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada ... sulle ruote dei rider di Foodora* e di R. del Punta, *Sui rider e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*; LDE, 2019, n. 1, con nota di R. De Luca Tamajo, *La sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione* e in *Labor*, 2019, n. 3, 320 ss. con nota di A. Perulli, *I lavoratori delle piattaforme e le collaborazioni eterorganizzate dal committente: una nuova frontiera regolativa per la Gig economy?*

⁽²⁹⁾ Infatti, il secondo comma della norma, tra le ipotesi che escludono l'operatività del meccanismo estensivo della disciplina appena descritto, prevede la facoltà della contrattazione collettiva di escludere o modulare la disciplina normativa e retributiva prevista per le collaborazioni eterorganizzate. Interpretare l'art. 2 d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 come “norma di fattispecie” equivale a riconoscere che la contrattazione collettiva sia stata autorizzata dal legislatore a negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato e l'applicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento a rapporti che, oggettivamente, presentano tale natura. Se così fosse, dunque, la norma dovrebbe essere ritenuta incostituzionale per contrasto con il principio d'indisponibilità del tipo che trova il suo referente nell'art. 3 Cost. per altre argomentazioni e considerazioni sia consentito rinviare a A. Ingraio, *Il mercato delle ore di lavoro. Interposizione nei rapporti di lavoro autonomo*, Giuffrè, 2020, 67 ss.

Di qui alcune considerazioni sulla art. 2 d.lgs. 81/2015 che, in controtendenza rispetto all'“apertura” mostrata dalla giurisprudenza sopracitata, costituisce un passo indietro nel processo di riconoscimento delle tutele in favore dei falsi lavoratori autonomi, perché – in assenza di una prova schiacciante del potere direttivo – conduce il giudice a inquadrare autonomo il lavoratore che svolge personalmente e con continuità la prestazione con l'obbligo di adeguarsi ai condizionamenti organizzativi di un'impresa (spesso unica committente). L'art. 2, insomma, a dispetto della sua apparente vocazione protettiva, che dovrebbe renderla “norma progressiva”, è una disposizione fortemente regressiva che annienta anche quei pochi passi avanti che la giurisprudenza aveva fatto in questa materia.

Il problema non è poi superato dalla constatazione che in virtù del disposto rimediabile dell'art. 2, i collaboratori eterorganizzati godano di tutele alle quali altrimenti non avrebbero avuto diritto. L'argomento è vero soltanto parzialmente, visto che la loro veste “anfibia” produce una serie di cortocircuiti sul piano della disciplina. Infatti, oltre all'inapplicabilità parziale di un nucleo essenziale della subordinazione correlata all'esercizio dei poteri – caldeggiata anche dalla sentenza 1663/2020 –, occorre considerare che l'omologazione della disciplina non equivale a fare del collaboratore autonomo un lavoratore subordinato in tutto e per tutto. Il collaboratore autonomo, ad esempio, non è computabile ai fini del raggiungimento di quelle soglie dimensionali previste dalla legge in numerose ipotesi per delimitare l'ambito di applicazione di una certa disciplina che, nella maggior parte dei casi, hanno come riferimento i lavoratori subordinati alle dipendenze del datore di lavoro ⁽³⁰⁾. Sino alla modifica di quelle norme, il lavoratore eterorganizzato (che resta un lavoratore autonomo cui si applica la disciplina del lavoro subordinato *quoad effectum*) dovrebbe restare ragionevolmente escluso dal computo suddetto. Il risultato è però paradossale: il lavoratore eterorganizzato non verrebbe contato formalmente nel novero dei lavoratori computabili, pur avendo diritto all'applicazione della disciplina per la cui applicazione la soglia è prevista ⁽³¹⁾.

Vi è però che lo scarsissimo successo applicativo della disposizione sul piano giudiziario ⁽³²⁾ – aggravato dall'intervento della contrattazione collettiva che ha fatto largo

⁽³⁰⁾ Sono diverse le norme che prendono in considerazione la natura giuridica del rapporto di lavoro da computare ai fini del raggiungimento di determinate soglie, talvolta esplicitando che nel computo devono essere inclusi solo dipendenti, talaltra, riferendosi alla figura del datore di lavoro che occupa alle sue dipendenze lavoratori, cfr. G. Principe, *Soglie dimensionali e regolazione del rapporto di lavoro in Italia*, ISAE, Roma, 2003.

⁽³¹⁾ A titolo esemplificativo, nel recentissimo accordo integrativo aziendale, siglato da MyMenu con FILT, FIT, UIL Trasporti, si prevede all'art. 7 che a «tutto il personale autonomo eterorganizzato verranno applicate le medesime condizioni applicate al personale dipendente». La clausola che svela la presenza di fattorini dipendenti accanto ad altri che invece sono autonomi eterorganizzati, per esempio impedisce di conteggiare questi ultimi nella soglia di cui all'art. 35 st. lav. ai fini della nomina della RSA, per fare soltanto un esempio.

⁽³²⁾ Di cinque sentenze aventi ad oggetto l'eterorganizzazione tre riguardano la controversia dei *riders* di Foodora (e sono Trib. Torino, 7 maggio 2018, n. 778, App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, *cit.* e Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, *cit.*) le altre due Trib. Roma 8 maggio 2017, n. 4219; Trib. Roma 12 marzo 2018, n. 1841, entrambe in *DJ* hanno considerato «norma di fattispecie» (l'estensore delle sentenze era la medesima persona), «perchè vi sia subordinazione basta quindi (...) che la prestazione sia retta dalle regole

uso della sua forza regolatoria per sottrarre tutele del lavoro subordinato in alcuni specifici settori caratterizzati da un'ingente numero di collaboratori continuativi⁽³³⁾ – è destinato nel prossimo futuro ad essere colmato dalle norme della Proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali COM (2021)762 del 8 dicembre 2021 che contiene, esclusivamente in favore di questi ultimi una presunzione relativa di subordinazione.

5. Giudizio di qualificazione, algoritmi, *free login* e rivitalizzazione dei poteri istruttori del giudice del lavoro

Tra le righe dell'istruttoria condotta dal Tribunale di Milano emerge che Deliveroo, così come le maggiori piattaforme, investite da pronunce giudiziarie loro sfavorevoli, hanno deciso (dall'anno 2020 in poi) di cambiare la propria organizzazione, introducendo il cd. *free login*, con il quale la piattaforma sembrerebbe abbandonare il sistema delle prenotazioni anticipate e della turnistica programmata, consentendo ai *riders* di partecipare ad una sorta di aggiudicazione della consegna in asta, da svolgersi, connettendosi all'applicativo, in un luogo stabilito dalla piattaforma stessa⁽³⁴⁾.

La modifica camaleontica finalizzata allo sfruttamento delle convenienze ordinamentali, è finalizzata a rendere più complesso per il giudice il giudizio di qualificazione, dal momento che se è vero che la subordinazione tecnico-funzionale prescinde dalla sussistenza di un obbligo di tenersi a disposizione (§ 2), è altrettanto vero che il cambiamento organizzativo è in grado di celare il funzionamento dell'algoritmo e dei condizionamenti unilaterali che esso comporta sui *riders*.

dell'organizzazione del "committente" nel cui contesto produttivo il prestatore sia pienamente inserito, ovvero che il prestatore non abbia apprezzabili margini di autonomia organizzativa». Merita poi menzione Trib. Roma 6 maggio 2019, n. 4243, inedita a quanto consta, che, più che soffermarsi sul concetto di collaborazione eterorganizzata, ha ritenuto che un accordo collettivo, stipulato nel settore dei call center cd. *outbound* (nel 2013), fosse conforme all'art. 2, comma 2, lett. a, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 e, pertanto, valesse a legittimare le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a «disapplicare la normativa che regola il rapporto di lavoro subordinato» (p. 11 della sentenza). La sentenza qualifica il lavoro eterorganizzato come lavoro autonomo cui si applica la disciplina del diritto del lavoro. Infine, Trib. Roma 19 novembre 2019, n. 10269 (giudice Orru), *MGL*, 2020, 1, con nota di P. Iervolino, *È possibile applicare d'ufficio l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 quando la domanda viene proposta solo ai sensi dell'art. 2094 c.c.? ha qualificato d'ufficio come collaboratore eterorganizzato un operaio edile – che si era limitato a domandare il riconoscimento della subordinazione – perché inserito con continuità nell'organizzazione imprenditoriale del committente, «che lo pagava a cadenze fisse con somme predeterminate ed organizzava la sua prestazione lavorativa quanto alle circostanze di tempo e di luogo». L'unica circostanza che ha impedito al giudice di qualificare il rapporto come subordinato era la proprietà del ricorrente sia delle attrezzature sia dei materiali utilizzati per le lavorazioni.*

⁽³³⁾ L. Imberti, *L'eccezione è la regola?! Gli accordi collettivi in deroga alla disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, *DRI*, 2016, n. 2, 393 ss.; sul punto G. Santoro Passarelli, *La "delega in bianco" alla contrattazione collettiva sulle collaborazioni eterorganizzate e prime applicazioni concrete*, *DRI*, 2015, n. 4, 1167.

⁽³⁴⁾ A. Riccobono, *Lavoro su piattaforma*, cit. 254.

Perciò mai come adesso è importante la rivitalizzazione dei poteri istruttori del giudice del lavoro per portare nella verità processuale del giudizio di qualificazione quel che il sistema organizzativo basato sul *free login* cerca di nascondere. Non è infatti scontato che i *player* del *food delivery*, dopo aver investito ingenti capitali per implementare il funzionamento dell'intelligenza artificiale, con un clic cancellino una strumentazione che è utile a selezionare il miglior lavoratore o a escludere chi non è ritenuto affidabile.

Nei giudizi di qualificazione del rapporto di lavoro dei prestatori digitali, dunque, è ormai decisiva la comprensione che il giudice raggiunge sulle logiche decidenti impostate dalla piattaforma sull'algoritmo/intelligenza artificiale che troppo spesso risultano oscure e che andrebbero vagliate non soltanto per il tramite di esami testimoniali – i quali per loro natura soggettiva riescono soltanto a mettere in luce le conseguenze estreme dell'uso di tali sistemi nella sfera individuale –, ma altresì attraverso l'ordine di esibizione *ex* art. 210 c.p.c. che ha ad oggetto un documento o «altra cosa», accompagnato da una successiva nomina di CTU che spieghi il funzionamento dei sistemi oppure ancora l'ordine di ispezione di cui all'art. 118 c.p.c.

Di quanto appena detto è ben consapevole la proposta di direttiva che infatti all'art. 16 che rubricato «accesso alle prove», prevede che nel giudizio di qualificazione del rapporto di lavoro dei prestatori via piattaforma gli Stati membri provvedono affinché, «gli organi giurisdizionali nazionali o le autorità competenti possano ordinare alla piattaforma di lavoro digitale di divulgare qualsiasi prova pertinente che rientri nel suo controllo» (par. 1) o (par. 2) affinché gli organi giurisdizionali nazionali «dispongano del potere di ordinare la divulgazione delle prove che contengono informazioni riservate ove le ritengano pertinenti ai fini del ricorso».

Bibliografia

- Allamprese A., *Subordinazione e doppia alienità: la Cassazione batte un colpo*, in RGL, 2007, 658 ss.
- Aloisi A., *Platform work in Europe: Lessons Learned, Legal Developments and Challenges Ahead*, in ELLJ, 2022, v. 13, n. 1, 4 ss.
- Bano F., *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, in LD, 2006, 293 ss.
- Barbieri M., *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura*, in U. Carabelli, Fassina, (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, CGIL Ufficio Giuridico, 2020.
- Barbieri M., *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in LLI, 2019, v. 5, n. 2, 3 ss.
- Barbieri M., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nella sentenza di Palermo sui riders*, in LLI, 2020, vol. 6 n. 2, R63 ss.
- Bollani A., *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, a cura di M. Magnani, P. A. Varesi, Giappichelli, 2005, 405 ss.
- Carinci F., *L'ultima parola sui rider: sono lavoratori subordinati*, in LDE, 2021.
- Carinci M.T., F. Dorsemont, *Platform work in Europe: Toward Harmonization?*, Intersentia, 2021.
- Carinci M. T., *I contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro alla luce di Cass. n. 1663/2020*, in RIDL, 2020, I, 50 ss.
- Carinci M.T., *Il lavoro eterorganizzato si fa strada ... sulle ruote dei rider di Foodora*, in RIDL, 2019, n. 2, II, 340 ss.
- Cavallini G., *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, in *Giustiziacivile.com.*, 24 dicembre 2020.
- D'Ascola S., *Sul rapporto di lavoro del collaboratore fisso*, in ADL, 2017, n. 6, 1568 ss.
- Dagnino E., *Ancora ostacoli sulla "via giurisprudenziale" alla protezione dei lavoratori della gig economy in Italia*, in ADL, 2019, n. 1, 151 ss.
- De Luca Tamajo R., *La sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in LDE, 2020.
- Del Punta R., *Sui rider e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in RIDL, 2019, n. 2, II pp. 340 ss.
- Dell'Olio M., *I soggetti e l'oggetto del rapporto di lavoro*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. 15, tomo I, Utet, 1991.
- Donini A., Ingraio A., *Algoritmi e lavoro*, 2022, reperibile su <https://www.labourlawcommunity.org/wp-content/uploads/2022/05/ALGORITMI-E-LAVORO-A-Donini-A.-Ingraio-25.5.22-docx-1.pdf>
- Ferraro G., *Collaborazioni organizzate dal committente*, in RIDL, 2016, n. 1, I, 53 ss.
- Garilli A., C. De Marco, *La qualificazione del lavoro dei rider: ancora una volta il giudice accerta la subordinazione e individua nella piattaforma interponente il reale datore di lavoro*, in *Labor*, 2022, 213 ss.
- Ghera E., A. Garilli, D. Garofalo, *Diritto del lavoro*, Torino, 2017.
- Ichino P., *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, in RIDL, 1987, 76 ss.
- Iervolino P., *È possibile applicare d'ufficio l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 quando la domanda viene proposta solo ai sensi dell'art. 2094 c.c.?* in MGL, 2020.
- Imberti L., *L'eccezione è la regola?! Gli accordi collettivi in deroga alla disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, in DRI, 2016, n. 2, 393 ss.
- Ingraio A., *Il mercato delle ore di lavoro. Interposizione nei rapporti di lavoro autonomo*, Giuffrè, 2020, 67 ss.
- Maio V., *Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazioni del rapporto e tutele*, in ADL, 2019, 582 ss.
- Maresca A., *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, in DRI, 2020, n. 1, I, 146 ss.;
- Mengoni L., *Contratto di lavoro e impresa*, in L. Mengoni, M. Napoli (a cura di), *Il contratto di lavoro*, Vita e Pensiero, 2004.
- Mengoni L., *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, 1971.
- Perulli A., *I lavoratori delle piattaforme e le collaborazioni eterorganizzate dal committente: una nuova frontiera regolativa per la Gig economy?* in *Labor*, 2019, n. 3, 320 ss.
- Perulli A., *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Giuffrè, 1996.
- Pessi R., *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 282/2015.

- Razzolini O., *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 266/2015.
- Riccobono A., *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei riders: una «pedalata» verso la subordinazione*, in RGL, 2021, 241 ss.
- Roccella M., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in QS, 2008, 71 ss.
- Romei R., *I riders in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, in RIDL, 2020, 1, I, 89 ss.
- Santoro Passarelli G., *La "delega in bianco" alla contrattazione collettiva sulle collaborazioni etero-organizzate e prime applicazioni concrete*, in DRI, 2015, n. 4, 1167 ss.
- Voza R., *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato flessibile"*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2005, 75 ss.
- Zoppoli A., *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in DRI, 2020, 3, 716 ss.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Il ruolo del tempo e dell'orario di lavoro attraverso la giurisprudenza sui *riders*

FRANCESCA GHIANI

Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695



Il ruolo del tempo e dell'orario di lavoro attraverso la giurisprudenza sui *riders*

FRANCESCA GHIANI

Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
Dottoranda in Impresa, Lavoro, Istituzioni
francesca.ghiani@unicatt.it

ABSTRACT

The essay aims at analyzing the Italian and comparative case law on digital platform workers' classification in order to reflect upon the changing functions of working time in digital work widely considered.

The Author, taking into account the difficulties in overcoming the dichotomy subordination-autonomy, believes that it is important to introduce a new notion of working time, in line with the new ways of carrying out work.

Keywords: working time; gig-economy; riders; subordination.

<https://doi.org/10.6092/issn2421-2695/15131>

Il ruolo del tempo e dell'orario di lavoro attraverso la giurisprudenza sui *riders*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'orario di lavoro come indice di subordinazione. – 3. La “crisi” dell'orario di lavoro quale indice di subordinazione. – 4. Dall'orario di lavoro quale indice di subordinazione al tempo di lavoro come indice di etero-organizzazione: l'applicazione giurisprudenziale dell'art.2 d.lgs. n.81/2015. – 5. Le problematiche sottese all'applicazione dell'art.2 e la questione qualificatoria. – 6. Le recenti sentenze del Tribunale di Palermo, di Torino e di Milano sui riders: il ritorno alla subordinazione. – 7. L'orario di lavoro dei lavoratori digitali secondo la Supreme Court: Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents) [2021] UKSC 5. – 8. L'inadeguatezza dell'attuale nozione di orario per la tutela della salute e della sicurezza del lavoratore: considerazioni conclusive.

1. Introduzione

L'orario di lavoro ha mutato la sua funzione nel tempo. Come emerge dalla disciplina nazionale e comunitaria⁽¹⁾, è uno strumento di tutela della salute e sicurezza del lavoratore; tradizionalmente è stato utilizzato dalla giurisprudenza nazionale quale indice sussidiario della subordinazione, in virtù del legame ritenuto sussistente tra il tempo di lavoro e la struttura del rapporto di lavoro subordinato⁽²⁾.

In questo senso, l'orario di lavoro ha integrato il processo di qualificazione del rapporto di lavoro, funzionale all'applicazione delle tutele, perché la presenza di uno stretto coordinamento spazio-temporale disposto unilateralmente dal datore, congiuntamente agli altri indici, consentiva di affermarne la natura dipendente⁽³⁾.

Da ciò consegue un'altra importante funzione dell'orario di lavoro: quest'ultimo ha costituito e ancora costituisce criterio per la quantificazione della retribuzione, in quanto nel rapporto di lavoro subordinato si realizza uno scambio di natura giuridica tra la prestazione e la retribuzione, strettamente connessa alla disciplina dell'orario di lavoro, che utilizza il fattore “tempo-lavoro effettivo” per quantificare la prestazione anche ai fini retributivi.

Con l'evoluzione tecnologica e il cambiamento del modo di organizzare il lavoro, la rilevanza dell'orario ai fini della individuazione della subordinazione è sempre più sfumata.

⁽¹⁾ Si fa riferimento al d.lgs. n.66/2003 di attuazione della Direttiva 93/104/CE concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, modificata e poi abrogata dalla Direttiva 88/2003/CE del 4 novembre 2003, che ad oggi è la fonte principale di disciplina della materia.

⁽²⁾ Per cui si rinvia a V. Bavaro, *Il tempo del contratto del lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, Bari, 2008; A. Perulli, *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 410/2020, 50 che, citando M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, 200, osserva: “D'altronde, l'esecuzione e la disciplina del lavoro hanno “naturalmente” ad oggetto il tempo, il luogo e i metodi di lavoro”.

⁽³⁾ P. Ichino, *Il tempo della prestazione*, Giuffrè, 1984.

Si diffondono infatti nel mercato del lavoro, accanto alle collaborazioni coordinate e continuative⁽⁴⁾ e al lavoro a progetto⁽⁵⁾, forme contrattuali volte a incentivare lavori costruiti sempre più per obiettivi e senza un orario di lavoro predeterminato, senza che ne venga messa in discussione la natura subordinata: un esempio è dato dalla modalità di lavoro agile⁽⁶⁾.

In tale contesto, sembrerebbe aver acquisito importanza, più che l'orario tradizionalmente inteso, il tempo del lavoro quale elemento organizzativo, che funge da criterio non tanto di qualificazione quanto di tutela, in coerenza con l'ottica rimediabile che, secondo parte della dottrina, caratterizzerebbe interventi legislativi quali il d.lgs. n.81/2015, e con la considerazione secondo cui è sempre più evidente il fenomeno della scissione tra la fattispecie e gli effetti⁽⁷⁾.

L'utilizzo dell'art. 2 del d.lgs. n.81/2015 da parte della giurisprudenza, se ha consentito di accordare tutele ai riders, e ha evidenziato un nuovo ruolo che può rivestire il tempo di lavoro, ha condotto tuttavia a un dibattito circa il suo ambito di applicazione il quale, a sua volta, ha fatto riemergere le difficoltà a superare lo schema dicotomico subordinazione/autonomia⁽⁸⁾, che pare dover continuare a fungere da criterio guida anche nel lavoro mediante piattaforme digitali, sebbene con aggiornamenti.

Come sottolineato da alcuni autori, la figura del rider potrebbe infatti ben rientrare nella fattispecie della subordinazione, come dimostra la recente sentenza del Tribunale di Palermo⁽⁹⁾, nella quale il giudice, abbandonando la strada dell'art.2, ritorna, in coerenza con l'impostazione seguita dai giudici di altri Paesi Membri dell'Unione Europea, sui passi della subordinazione; per quanto concerne il presente lavoro, ciò che rileva è in particolare la diversa lettura, che si può scorgere nella motivazione, della prestazione svolta dai riders sotto il profilo temporale.

⁽⁴⁾ Si veda sul punto M. Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013, 10, che parla di "fuga" dal lavoro subordinato. Sulla definizione degli aspetti del coordinamento e continuità, si veda M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 174/2013; M. Pedrazzoli, *Prestazioni d'opera e parasubordinazione (riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3, c.p.c.)*, RIDL, 1984, 519 e ss.

⁽⁵⁾ Per la cui analisi si rinvia a M. Pallini, *Lavoro a progetto... ritorno al futuro?* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT - 32/2005; V. Pinto, *La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 34/2005.

⁽⁶⁾ Per un'analisi sul lavoro agile, C. Spinelli, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci Editore, Bari, 2018; M. Verzaro, *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Jovene editore, Napoli, 2018.

⁽⁷⁾ Sul punto, si veda L. Gaeta, *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*, LLI, 2020, vol. 6, 2, 74.

⁽⁸⁾ Sulla "crisi" della subordinazione, M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclo-fattorini*, LLI, 2019, vol. 5, 2, che richiama il principio di indisponibilità del tipo, il dibattito sulla subordinazione quale doppia alienità e la subordinazione come assetto di interessi scelto dalle parti più che come effetto giuridico

⁽⁹⁾ Sentenza n.3570/2020, seguita dalle sentenze del Trib. Torino 18 novembre 2021 e del Trib. Milano n.1018/2022, che hanno riconosciuto la natura subordinata della prestazione svolta dai riders rispettivamente di Uber Eats e Deliveroo e di cui si dirà in seguito.

Tale lettura pare essere compatibile anche con la recente sentenza della Supreme Court di cui si dirà in seguito e che, sebbene pronunciata su un diverso caso, relativo alla prestazione svolta dagli autisti di Uber, offre spunti interessanti per una nuova definizione dei tempi di disponibilità nei lavori svolti mediante piattaforma, caratterizzati da alternanza tra prestazione e tempi di attesa.

Nel presente contributo si intende dunque riflettere, attraverso un'analisi della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, sulla funzione che può ancora avere il tempo di lavoro nella tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori digitali.

2. L'orario di lavoro come indice di subordinazione

Prima ancora che venisse introdotta una disciplina sull'orario di lavoro, il tempo di lavoro ha avuto un ruolo fondamentale nell'analisi della struttura del rapporto di lavoro subordinato.

Sebbene sia superata l'impostazione che vedeva quale elemento utile ai fini della distinzione tra subordinazione e autonomia quello del tempo inteso come continuità del rapporto⁽¹⁰⁾, il tempo della prestazione è presto divenuto un elemento cardine nella struttura del contratto subordinato, in quanto autorevole dottrina è giunta alla conclusione secondo cui l'oggetto del contratto di lavoro subordinato sarebbe non tanto un dispendio di energie, quanto il tempo che il lavoratore mette a disposizione del potere del datore di lavoro, che agisce sul tempo⁽¹¹⁾.

L'oggettivazione del tempo di lavoro così individuato ha condotto alla definizione dell'orario di lavoro, nozione che ricomprende tutto il lavoro effettivo⁽¹²⁾.

Nel delineare l'ambito di applicazione dell'apparato di tutele predisposto dal nostro ordinamento, e dunque nel processo di qualificazione della natura della prestazione lavorativa, la giurisprudenza, chiamata a vagliare il caso concreto, ha fin da subito

⁽¹⁰⁾ Atteso che pacificamente possiamo parlare di tutti i rapporti di lavoro in termini di rapporti di durata. Sul punto si veda V. Bavaro, *Il tempo del contratto del lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, Bari, 2008, che distingue il tempo inteso come continuità del rapporto dal tempo come continuità della prestazione, affermando che solo quest'ultima è caratteristica del contratto di lavoro subordinato.

⁽¹¹⁾ V. Bavaro, *ult.op.cit.*, 188.

⁽¹²⁾ Una prima definizione di tempo di lavoro effettivo la si può rinvenire nel r.d.l. del 1923 n.1962, in cui si definisce orario di lavoro effettivo il lavoro comportante un'applicazione assidua e continuativa, mentre ai regolamenti è demandata la definizione di periodi che non rientrano nel lavoro effettivo. In base alla definizione di V. Bavaro, l'effettività non è un connotato del tempo, ma una tecnica che ha la funzione di qualificare il tempo-lavoro come orario ai fini dello scambio contrattuale a prescindere della percezione soggettiva che ne ha il prestatore.

L'attuale nozione normativa di orario di lavoro ricalca la nozione contenuta nella Direttiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003 concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, ponendo tutt'oggi problemi di individuazione esatta dei momenti da considerare come orario a seconda che i criteri desumibili dalla norma, ovvero l'essere a lavoro, a disposizione e nell'esercizio dell'attività, vadano letti congiuntamente o separatamente.

riscontrato l'insufficienza degli elementi contenuti nell'art. 2094 c.c. ai fini dell'individuazione della natura subordinata del rapporto.

La norma, che secondo parte della dottrina tipizzerebbe un social tipo quale quello dell'operaio di fabbrica⁽¹³⁾, richiede che la prestazione personale venga espletata alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore: il contesto dell'organizzazione taylorista in cui si forma la nozione moderna di lavoro ha condotto a ravvisare quale elemento tipico del lavoro nell'organizzazione produttiva altrui la soggezione del lavoratore all'eterodirezione circa le modalità spazio-temporali e esecutive della prestazione⁽¹⁴⁾, che si estrinseca nell'emanazione di ordini specifici, oltre che nell'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e controllo nell'esecuzione delle prestazioni lavorative.

L'esistenza di tale vincolo va concretamente apprezzata rispetto alla specificità del ruolo attribuito al lavoratore ed alla sua attuazione, posto che qualsiasi attività professionale può essere oggetto tanto di un rapporto di lavoro subordinato quanto di un rapporto di lavoro autonomo⁽¹⁵⁾.

Per ovviare alle difficoltà nella individuazione di tale elemento, dovute a vari fattori tra cui si segnalano, in primo luogo, modalità di esecuzione della prestazione tali da non far emergere la sussistenza di precise direttive impartite in maniera puntuale e assidua (nel caso, ad esempio, di compiti ripetitivi o ad elevata professionalità), la giurisprudenza ha elaborato i c.d. indici sussidiari.

Tali indici, utilizzati nel metodo di qualificazione tipologico e valutati globalmente nell'ottica di un giudizio di approssimazione, consentono di affermare la presenza di una prestazione subordinata, pur in assenza di una chiara eterodirezione o in presenza di un'eterodirezione sfumata o affievolita⁽¹⁶⁾.

Tra gli indici sussidiari gioca un ruolo fondamentale l'assoggettamento a un specifico orario di lavoro che, proprio in virtù del legame che sussiste tra il tempo di lavoro (di cui costituisce appunto oggettivazione) e la struttura del rapporto subordinato, si erge quasi a indice della sussistenza del potere direttivo⁽¹⁷⁾, e si distingue dal generico coordinamento spazio-temporale, funzionale alla organizzazione della prestazione, che caratterizza lavori pacificamente autonomi quali le collaborazioni coordinate e continuative.

⁽¹³⁾ In senso critico M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nella sentenza di Palermo sui riders*, LLI, 2020, vol. 6, 2, 84; V. Bavaro, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, RGL, 2018, fasc. 1.

⁽¹⁴⁾ M. Pallini, *Lavoro a progetto... ritorno al futuro?* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 32/2005, 2.

⁽¹⁵⁾ Cass. n. 2728/2010; Cass. n.3594/2011.

⁽¹⁶⁾ Sulla subordinazione affievolita nel lavoro a distanza, si veda L. Gaeta, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Edizioni scientifiche italiane, 1993, 11 ss.

⁽¹⁷⁾ A. Perulli, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 410/2020, 50 che cita M. Persiani, osserva infatti che «D'altronde, l'esecuzione e la disciplina del lavoro hanno "naturalmente" ad oggetto il tempo, il luogo e i metodi di lavoro».

Tale elemento, secondo parte della dottrina, può dunque essere assente ma la sua presenza, valutata congiuntamente agli altri indici, preclude la possibilità di affermare la natura autonoma della prestazione: in altri termini, l'assenza di una predeterminazione oraria non impedisce di qualificare come subordinata la prestazione¹⁸, laddove la presenza di uno stretto coordinamento spazio-temporale disposto unilateralmente dal datore, e dunque diverso da un coordinamento funzionale all'organizzazione della prestazione, non consente di affermare la natura indipendente⁽¹⁹⁾.

Sulla scorta di tali considerazioni, l'orario di lavoro si presentava dunque quale indice in grado di integrare il processo di qualificazione, favorendo l'applicazione delle tutele⁽²⁰⁾.

3. La “crisi” dell'orario di lavoro quale indice di subordinazione

Dopo aver dato conto dell'ampio utilizzo, da parte della giurisprudenza, dell'orario di lavoro (congiuntamente agli altri indici sussidiari) quale strumento volto a integrare l'operazione di qualificazione della natura del rapporto di lavoro, occorre richiamare brevemente i fattori che hanno condotto ad affermare la perdita di rilevanza dello stesso, almeno con riferimento ad alcune delle sue funzioni.

In primo luogo si osserva che la definizione legislativa di orario di lavoro, fin dalla formulazione contenuta nel d.r.l n.1962/23, non è stata in grado di comprendere al suo interno tutti i segmenti temporali in cui il lavoratore è concretamente a disposizione del datore di lavoro⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ Si pensi all'ipotesi del giornalista in riferimento al quale la Cassazione, in diverse sentenze, tra cui la sentenza n. 8068 del 02/04/2009, si è espressa in tali termini: «In tema di attività giornalistica, sono configurabili gli estremi della subordinazione - tenuto conto del carattere creativo del lavoro - ove vi sia lo stabile inserimento della prestazione resa dal giornalista nell'organizzazione aziendale così da poter assicurare, quantomeno per un apprezzabile periodo di tempo, la soddisfazione di un'esigenza informativa del giornale (...), non potendosi escludere la natura subordinata della prestazione per il fatto che il lavoratore goda di una certa libertà di movimento ovvero non sia tenuto ad un orario predeterminato o alla continua permanenza sul luogo di lavoro, né per il fatto che la retribuzione sia commisurata alle singole prestazioni...».

⁽¹⁹⁾ P. Ichino, *Il tempo della prestazione*, Giuffrè, 1984.

⁽²⁰⁾ Nonostante oggi si stia affermando sempre più lo scarso rilievo rivestito dall'orario nel processo di qualificazione, non mancano pronunce che continuano a farne applicazione in senso tradizionale. Si veda, ad esempio, Cass. n.4620/2020, in cui si legge «va qui ribadita la regola iuris (ex plurimis, Cass. nr. 1536 del 2009; in motivazione, più diffusamente, Cass. nr. 7681 del 2010, §§ 4 e ss.) secondo la quale, nel caso in cui la prestazione 'sia estremamente elementare, ripetitiva e predeterminata nelle sue modalità di esecuzione (ovvero all'opposto, dotata di notevole elevatezza e contenuto intellettuale e creativo) al fine della distinzione tra rapporto di lavoro autonomo e subordinato, il criterio rappresentato dall'assoggettamento del prestatore all'esercizio del potere direttivo, organizzativo e disciplinare può non risultare significativo per la qualificazione del rapporto di lavoro, legittimando il ricorso a criteri distintivi sussidiari (tra questi, la continuità e la durata del rapporto, le modalità di erogazione del compenso, la regolamentazione dell'orario di lavoro, la presenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale».

⁽²¹⁾ Si pensi al tema dei lavori preparatori e alla disponibilità esclusa dalla nozione di orario nel caso in cui manchi la presenza fisica sul luogo di lavoro, aspetto che fa riflettere alla luce della sempre più

A ciò si aggiunga che la disciplina normativa di attuazione delle direttive comunitarie di cui al d.lgs. n.66/2003 ha consentito un uso sempre più flessibile della prestazione nel tempo in base alle esigenze aziendali⁽²²⁾, al punto che anche in presenza di un orario predeterminato, questo può variare in continuazione in caso di esercizio del potere datoriale.

Tale ultimo aspetto ha stimolato una riflessione in ordine all'incidenza della flessibilità oraria sulla subordinazione, in termini di attenuazione o, al contrario, di maggior pregnanza⁽²³⁾, atteso che l'utilizzo della stessa è tale per cui lavoratore di rendersi sempre più "disponibile", senza che tale disponibilità venga ricompresa nella nozione di orario di lavoro.

Tutto ciò, unitamente alla diffusione di tipologie contrattuali flessibili⁽²⁴⁾, mette in luce problematiche che tuttavia attengono alla difficoltà, per un orario di lavoro che sussiste e che è apparentemente predefinito, di assolvere al suo compito di tutela della salute e sicurezza del lavoratore all'interno di un rapporto già considerato pacificamente subordinato⁽²⁵⁾, in quanto si rivela sempre più difficoltoso distinguere il tempo di lavoro dal tempo libero.

La crisi del ruolo dell'orario di lavoro nella qualificazione della natura della prestazione sarebbe da rinvenire piuttosto in un altro fenomeno: il lavoro subordinato ricomprende sempre più prestazioni che si svolgono in assenza di un orario di lavoro predeterminato, dovendo distinguere tra i casi in cui è esclusa l'applicazione dei limiti

afferzata a-spazialità della prestazione. Sul tema della disponibilità C. Alessi, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, WP C.S.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 123/2011.

Sempre in tema di disponibilità, si veda anche A. Supiot, *Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del tempo di lavoro)*, L.D. 1997, 22 in cui l'A., richiamando il problema dei lavori on call e la risposta data alle istanze di tutela dalla Giurisprudenza francese, mette in evidenza come in tali casi sia il luogo ad imprimere la qualificazione al tempo.

⁽²²⁾ Ad es., attraverso il ricorso all'orario multi periodale e allo straordinario, per cui si rinvia a M. Dell'Olio, *Orario giornaliero, settimanale, multiperiodale*, ADL, 1998, 2; E. Barracco., *Art. 5. Commento*, in C. Cester, M.G. Mattarolo, M. Tremolada (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro. Commentario al d. lgs. 8 aprile 2003*, n. 66, Milano, Giuffrè, 2003; S. Buoso, *La dimensione temporale del lavoro tra prevenzione primaria e secondaria*, DSL, 2017, fasc. 1.

⁽²³⁾ Sul punto si veda V. Bavaro, *Una questione sul tempo contrattuale di lavoro (a proposito di orario ridotto, modulato, flessibile)*, RGL 2004, fasc. 1; A. Belsito, *I contratti flessibili. Part-time, job sharing e lavoro intermittente*, Giuffrè, 2016.

⁽²⁴⁾ Tra le quali il contratto a tempo parziale e il contratto di lavoro intermittente, per cui si rinvia a veda Ichino P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro - vol. I. Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Giuffrè Editore, 1984; R. Voza, *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato o flessibile" (part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 37/2005; P.E. Merlino, *Una figura innovativa di rapporto di lavoro: il contratto di lavoro intermittente*, RIDL, 2007, fasc. 2.

⁽²⁵⁾ Si osserva come i temi dell'orario come strumento di tutela della salute e dell'orario come strumento di qualificazione non siano comunque separati: nel momento in cui l'orario di lavoro assolve al compito primario di tutela della salute e sicurezza anche e soprattutto garantendo una separazione tra il tempo di lavoro e il tempo di vita, la circostanza secondo cui neanche l'orario di lavoro definito dal legislatore sia più in grado di integrare il processo di qualificazione, incide fortemente sul piano delle tutele, e denota quanto sia ancor più problematica la questione per i nuovi lavori della gig-economy, in molti dei quali vi è totale assenza di un orario tradizionalmente inteso.

imposti dall'ordinamento alla durata della prestazione in cui permane comunque in via di fatto un coordinamento sotto il profilo temporale, e casi in cui non si può parlare di coordinamento proprio perché manca una organizzazione aziendale⁽²⁶⁾, e l'orario di lavoro non può fungere da indice.

Nell'ambito di tali ultimi casi si potrebbe ricondurre il lavoro a domicilio, il quale costituisce in un certo senso la più antica forma di lavoro a distanza, svolto al di fuori dai confini dell'impresa; seppur non espressamente enunciato tra le tipologie contrattuali alle quali non si applicano i limiti di durata, rientra tra le prestazioni che sfuggono al vincolo dell'orario normale di lavoro.

Un richiamo al lavoro a domicilio si ritiene importante in quanto potrebbe essere utilizzato come termine di paragone per interrogarsi sulle tutele da accordare ai lavoratori digitali che svolgono la prestazione senza un orario tradizionalmente inteso e in un contesto a-geografico, venendo anche qui a mancare (apparentemente) la possibilità di un diretto controllo altrui.

Tuttavia, l'assenza di un orario di lavoro tradizionalmente inteso non fa necessariamente venir meno la subordinazione⁽²⁷⁾. Si prenda in considerazione la modalità di lavoro agile⁽²⁸⁾, che pacificamente è modalità di svolgimento del lavoro subordinato. La sua disciplina pare dimostrare come l'evoluzione tecnologica porti alla perdita di rilievo dell'orario di lavoro⁽²⁹⁾, sebbene, in concreto, non siano numerosi i casi in cui si possa dire che la prestazione svolta in modalità agile prescinda dall'aspetto temporale⁽³⁰⁾ e non

⁽²⁶⁾ Seguendo l'impostazione di Ichino P, *Il tempo della prestazione*, Giuffrè, 1984, 54-55.

⁽²⁷⁾ E ciò non stupisce, posto che si è chiarito come l'assoggettamento al vincolo dell'orario è sempre stato considerato indice sussidiario. È invece rilevante, come si vedrà in seguito, verificare quando concretamente manchi l'assoggettamento al vincolo orario e quando quest'ultimo, invece, permanga o si accentui, sebbene mascherato

⁽²⁸⁾ E, prima ancora, nel telelavoro, per cui si rinvia a L. Gaeta, P. Pascucci, *Telelavoro e Diritto*, Torino, Giappichelli, 1998. Per un'analisi sul lavoro agile, Spinelli C., *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci Editore, Bari, 2018; M. Verzaro, *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Jovene editore, Napoli, 2018; A. Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile. Come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 341/2017; V. Leccese, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, RGL, 2020, fasc. 3; E. Dagnino, *La regolazione dell'orario di lavoro nell'era del working anytime, anywhere. Spunti dalla disciplina italiana del lavoro agile e del diritto alla disconnessione*, Adapt, Working Paper n. 5/2021. Per un'analisi delle differenze tra il lavoro in modalità agile e il telelavoro si rinvia a M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 335/2017.

⁽²⁹⁾ V. Zeppili, *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?*, RIDL, 2019, fasc. 3.

⁽³⁰⁾ Non mancano comunque contratti collettivi che hanno disposto diversamente. Sul punto si rinvia a A. Occhino, *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva*, LPA, 2018, fasc. 3 che richiama il contratto Zurich Italia il quale dispone che «la giornata sarà caratterizzata dall'assenza dell'orario di lavoro rigido e dall'autonomia nell'erogazione della prestazione». Si osserva inoltre che occorre verificare come in concreto si svolge la prestazione, per individuare la funzione del tempo e per poter affermare che, al pari del telelavoro, tale modalità rientri tra le figure per cui opera la deroga alla disciplina dell'orario di lavoro ai sensi dell'art.17 del d.lgs. n.66/2003. Sul punto, si rinvia a V. Leccese, *Lavoro agile* cit.; M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, DSL. 2017, fasc. 1 in cui si osserva come si presuppone per il lavoro agile l'applicazione inderogabile degli artt. 6, 7 e 8, esclusa al contrario dall'art. 17 del d.lgs. n. 66/2003 per

manchino i dubbi sul rapporto tra l'attività svolta in modalità agile e la parte dell'attività resa in modalità tradizionale, ai fini del rispetto del limite massimo di durata della prestazione⁽³¹⁾.

Inoltre, la previsione di un diritto alla disconnessione⁽³²⁾, indica che la prestazione si espliciti comunque in un dato tempo che, se protrattosi eccessivamente, contrasta con la necessità di tutela della salute e della sicurezza del lavoratore.

Tra i fattori che segnano la crisi dell'orario di lavoro come indice sussidiario ai fini qualificatori vi è anche la diffusione del lavoro delle collaborazioni coordinate e continuative⁽³³⁾ prima e del lavoro a progetto poi.

Il grande utilizzo delle collaborazioni, che spesso celavano in realtà un rapporto a tutti gli effetti subordinato, ha spinto il legislatore a intervenire con l'introduzione del lavoro a progetto di cui al comma 1 dell'art. 61 del d. lgs n.276/2003, facendo di quest'ultimo l'elemento fondante la distinzione tra tale tipo di collaborazione e il lavoro subordinato⁽³⁴⁾.

L'indice dell'orario di lavoro non è stato tuttavia del tutto irrilevante al fine di smascherare quelle collaborazioni che in realtà si svolgevano con modalità del tutto

le categorie di lavoratori cd. senza orario, tra cui il telelavoro, che oggi sembra essere ancor più difficile da distinguere rispetto al lavoro agile.

⁽³¹⁾ Il cui rispetto è richiesto dall'art.18 della l. n.81/2017.

⁽³²⁾ Che in base alla Risoluzione del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione UE sulla proposta di Direttiva sul diritto alla disconnessione, è un diritto fondamentale che costituisce una parte inseparabile dei nuovi modelli di lavoro della nuova era digitale, e che tale diritto dovrebbe essere considerato un importante strumento della politica sociale a livello dell'Unione al fine di garantire la tutela dei diritti di tutti i lavoratori, e che viene definito quale “mancato esercizio di attività o comunicazioni lavorative per mezzo di strumenti digitali, direttamente o indirettamente, al di fuori dell'orario di lavoro”.

L'ordinamento interno ha dato attuazione alla Direttiva con il d.l. n. 30/2021, convertito il l. n. 61/2021. Il nuovo comma 1-ter dell'art. 2 (che regola invece la fruizione dei congedi straordinari e del lavoro agile per genitori con figli under 16 in particolari condizioni) dispone che «è riconosciuto al lavoratore che svolge l'attività in modalità agile il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati. L'esercizio del diritto alla disconnessione, necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi». Sul tema si rinvia a A. Preteroti, *Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, LDE, 2021, fasc. 3; M. Altimari, *Tempi lavoro e non lavoro e economia digitale: tra diritto alla disconnessione e ineffettività dell'impianto normativo-garantista*, in *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, a cura di C. Alessi – L. Guaglianone – M. Barbera, Cacucci Editore, Bari, 2019; M. Altimari - A. Occhino, *Il diritto alla disconnessione: un “vecchio” diritto ineffettivo?* in *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018; R. Zucaro, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale*, LLI, 2019, vol. 5, 2.

⁽³³⁾ Come messo in evidenza da M. Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013, pag.10, la “fuga” dal lavoro subordinato e l'ampio ricorso alle collaborazioni costituiscono non tanto il risultato di una scelta del lavoratore, che al più manifestava la necessità di riappropriarsi del suo tempo, quanto una scelta delle aziende che trasferendo parte dei rischi imprenditoriali su collaboratori personali dell'impresa ne traevano giovamento. Sulla definizione degli aspetti del coordinamento e continuità che connotano la collaborazione, si veda M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni* cit.; M. Pedrazzoli, *Prestazioni d'opera e parasubordinazione (riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3, c.p.c.)*, RIDL, 1984, 519 ss.; M. Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013.

⁽³⁴⁾ Tale compresenza di riferimenti al tempo contrastanti è stata infatti definita come un irreparabile “cortocircuito logico-sistematico”

conformi con il tipo del 2094 c.c.⁽³⁵⁾ o di confermare quelle autentiche; allo stesso modo, ha conservato un margine di operatività nell'ambito delle presunzioni contenute nel d.lgs. n.276/2003 sul lavoro a progetto.

Più in particolare, il comma 2 dell'art.69 dello stesso decreto prevedeva l'ipotesi in cui, pur in presenza di un progetto, venisse accertato dal giudice che il rapporto instaurato ai sensi dell'articolo 61 del d.lgs. n.276/2003 si era venuto concretamente a configurare come un rapporto di lavoro subordinato, diversamente dall'ipotesi di cui al comma 1, in cui invece «quando un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa sia instaurato senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso, non si fa luogo ad accertamenti volti a verificare se il rapporto si sia esplicato secondo i canoni dell'autonomia o della subordinazione, ma ad automatica conversione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, sin dalla data di costituzione dello stesso»⁽³⁶⁾.

Tuttavia, sia per le collaborazioni coordinate e continuative che per il lavoro a progetto, il solo riferimento all'orario, che rimane pur sempre indice sussidiario, non era sufficiente a far operare la presunzione di subordinazione⁽³⁷⁾, proprio in quanto viene meno la sua idoneità a fungere da indice stesso di subordinazione.

4. Dall'orario di lavoro quale indice di subordinazione al tempo di lavoro come indice di etero-organizzazione: l'applicazione giurisprudenziale dell'art.2 d.lgs. n.81/2015 e le sue modifiche

L'orario di lavoro, da indice sussidiario di qualificazione della natura del rapporto e strumento di quantificazione della prestazione, è divenuto elemento quasi privo di alcun rilievo ai fini della tutela del lavoratore. In realtà, si registra una fase in cui il coordinamento temporale dell'attività e, ancor di più, l'organizzazione dell'attività in riferimento al tempo di lavoro, ha consentito a quest'ultimo, e non all'orario tradizionalmente inteso, di tutelare la salute e la sicurezza anche al di fuori della subordinazione.

⁽³⁵⁾ «La qualificazione del rapporto di lavoro, operata dalle parti, come contratto di collaborazione coordinata e continuativa non assume rilievo dirimente in presenza di elementi fattuali - quali la previsione di un compenso fisso, di un orario di lavoro stabile e continuativo, il carattere delle mansioni, nonché il collegamento tecnico organizzativo e produttivo tra la prestazione svolta e le esigenze aziendali - che costituiscono indici rivelatori della natura subordinata del rapporto stesso, anche se svolto per un arco temporale esiguo. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito, affermando la natura subordinata del rapporto di lavoro di un pizzaiolo, il cui obbligo di lavoro sebbene per un breve periodo di tempo, si articolava su sei giorni alla settimana e per sei ore al giorno, ancorché il "nomen iuris" del contratto sottoscritto tra le parti fosse riferito ad una collaborazione autonoma)» (Cass. n.7024/2015).

⁽³⁶⁾ Cass. n.17127/2016.

⁽³⁷⁾ «In mancanza di elementi quali l'inserimento nella struttura aziendale del datore di lavoro ed il controllo e la direzione dell'attività lavorativa, non è sufficiente a qualificare il lavoro a progetto come lavoro subordinato, non essendo l'orario di lavoro un elemento decisivo, ma piuttosto un indice sintomatico della subordinazione» (Trib. Benevento 29 maggio 2008, *OGI*, 2008, 588).

Il riferimento è alle collaborazioni etero organizzate di cui all'art.2 del d.lgs. n. 81/2015. Il Legislatore, per far fronte alla diffusione di nuove modalità di esecuzione della prestazione che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2094 c.c. ma che si svolgono con modalità peculiari meritevoli di tutela, non ha introdotto un nuovo tipo intermedio, ma ha consentito l'applicazione dell'apparato di tutele riservato ai soli lavoratori subordinati anche a quelle collaborazioni che presentino il requisito della etero organizzazione⁽³⁸⁾, ritenute pertanto meritevoli di tutela al pari dei lavoratori subordinati.

La norma, sulla cui natura si è a lungo discusso, è di particolare importanza per l'applicazione che ne ha fatto la giurisprudenza al fine di dare risposta alle richieste di tutela dei c.d. riders.

La prima pronuncia ad aver affrontato il tema è stata la sentenza del Tribunale di Torino n.778/2018⁽³⁹⁾, nella quale il giudice, affermando la natura autonoma dei riders, per via dell'assenza di un "obbligo di lavorare", ha negato la possibilità di applicare l'art.2 del d.lgs. n.81/2015, considerato come una norma apparente.

La decisione è stata oggetto di un giudizio di appello, conclusosi con sentenza del 4 febbraio 2019 n.26, dalla cui lettura emerge che la Corte ha ricondotto il rapporto di lavoro dei riders di Foodora alle collaborazioni etero-organizzate.

Pur sulla base della stessa ricostruzione dei fatti operata dal Tribunale, la Corte d'Appello ha interpretato diversamente l'art.2 del d.lgs. n.81/2015, ritenendola una norma di disciplina, che consente di estendere le norme di protezione del lavoro subordinato a lavoratori che sono da considerarsi autonomi.

Più in particolare, la Corte d'Appello ha osservato, in riferimento alle modalità di esecuzione della prestazione da parte dei riders, che si tratta di modalità già di per sé poco compatibili con la natura subordinata dei rapporti di lavoro in essere, poiché «gli appellanti erano liberi di dare, o no, la propria disponibilità per i vari turni (slot) offerti dalla azienda».

Tuttavia, contrariamente a quanto statuito dal Tribunale⁽⁴⁰⁾, ha ritenuto sussistente nel caso in specie l'elemento dell'etero-organizzazione, in quanto, ferma la formale libertà di scegliere se e quando lavorare, i riders risultavano in via di fatto costretti ad adeguarsi alla

⁽³⁸⁾ Da intendersi come il potere del committente di organizzare la prestazione anche con riferimento al tempo.

⁽³⁹⁾ Sulla quale si è espressa nutrita dottrina. Tra i tanti, M. Del Conte, O. Razzolini, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, DLRI, 2018, 673-682; V. Ferrante, *Subordinazione e autonomia: il gioco dell'oca*, DRI, 2018, 1196-1202; P. Ichino, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, RIDL., 2018, 294-303; P. Tullini, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora*, LDE, 2018, fasc. 1; A. Perulli, *I lavoratori delle piattaforme e le collaborazioni etero-organizzate dal committente: una nuova frontiera regolativa per la Gig economy?*, Labor, 2019, 320-332; P. Tullini, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, LDE, 2019, fasc. 1; M. Novella, *Il rider non è lavoratore subordinato ma è tutelato come se lo fosse*, LLI, 2019, 1, 85-103.

⁽⁴⁰⁾ Secondo cui «appare difficile parlare di organizzazione dei tempi di lavoro in un'ipotesi come quella oggetto di causa in cui i riders avevano la facoltà di stabilire se e quando dare la propria disponibilità ad essere inseriti nei turni di lavoro».

organizzazione nel tempo data dalla piattaforma mediante la predisposizione di slot settimanali⁽⁴¹⁾ e dunque a seguire le coordinate temporali date.

Ed è proprio l'organizzazione con riferimento ai tempi di lavoro ad aver costituito lo snodo fondamentale nel ragionamento della Corte d'Appello per giungere ad affermare l'applicabilità dell'art.2 d.lgs. n.81/2015: l'applicazione delle tutele si è dunque fondata sull'accertamento dell'inserimento nell'organizzazione altrui, nonostante il mancato riconoscimento della subordinazione⁽⁴²⁾.

Avverso la decisione della Corte d'Appello di Torino è stato proposto ricorso in Cassazione, deciso con sentenza n.1663/2020⁽⁴³⁾, intervenuta dopo l'entrata in vigore delle modifiche apportate all'art.2, dalla stessa ampiamente richiamate. Nella sentenza, la Suprema Corte ha osservato che “non ha decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse l'ordinamento ha statuito espressamente, in ottica preventiva e rimediabile, l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, disegnando una norma di disciplina”.

Tale decisione, nel confermare la soluzione prospettata dalla Corte d'Appello, non si è però occupata del tema della qualificazione dei tempi di disponibilità; in essa, emergono le criticità derivanti dall'applicazione dell'art.2, come si espliciterà nel successivo paragrafo.

Quanto alla portata delle modifiche dell'art.2 ad opera del d.l. n.101/2019, convertito con modifiche in l. n.128/2019⁽⁴⁴⁾, si può in sintesi affermare che queste intervengono su due ambiti: da un lato si introduce una modifica al testo dell'art.2, dall'altra si introducono nel Capo V-bis (Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali) nuove disposizioni volte a garantire tutele minime ai lavoratori di cui all'art. 47 bis, che sono autonomi e che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art.2.

⁽⁴¹⁾ Gestito da un algoritmo che, come affermato da una recente Ordinanza del Tribunale di Bologna, discriminava. Sul punto si rinvia a A. Perulli, *La discriminazione algoritmica: brevi note a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, LDE, 2021, fasc. 1; S. Borelli - M. Ranieri, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank*, LLI, 2021, vol. 7, no. 1; M. Barbera, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, LLI, 2021, vol. 7, no. 1.

⁽⁴²⁾ Che tuttavia emergerebbe dall'analisi del concreto svolgimento della prestazione. Sul punto si veda M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, cit.22; P. Tullini, *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in A. Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018, 171-195.

⁽⁴³⁾ Per cui si rinvia a E. Dagnino, *Guardando l'altra parte del campo: la sentenza di Cassazione n.1663/2020 al di fuori del food delivery*, LDE, 2020, fasc. 1; G.S. Passarelli, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 411/2020; F. Carinci, *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n.1663*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 414/2020.

⁽⁴⁴⁾ Per cui si rinvia a A. Aloisi-V. De Stefano, *Il pacco è servito?* <https://www.rivistailmulino.it/a/il-pacco-servito-note-sull-accordo-tra-assodelivery-e-ugl-riders>; F. Capponi, *Lavoro tramite piattaforma digitale: prima lettura del d.l. n. 101/2019 convertito in l. n. 128/2019*, DRI, 2019, 1231 ss.; M. Barbieri, *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura*, in Carabelli U. Fassina L. (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, in I seminari della Consulta giuridica CGIL, n.3/2020.

Tra le modifiche che incidono sul fattore tempo, ci si chiede se sia significativa la sostituzione dell'avverbio "esclusivamente" con l'avverbio "prevalentemente"⁽⁴⁵⁾ e l'eliminazione del riferimento "ai tempi e al luogo di lavoro" in ordine all'organizzazione da parte del committente delle modalità di esecuzione della prestazione: tale ultima modifica dovrebbe ampliare l'ambito di applicazione dell'art.2 e consentire di applicare la disciplina del lavoro subordinato in tutti i casi in cui sussista una etero organizzazione, anche senza preciso riferimento al tempo e al luogo⁽⁴⁶⁾.

In realtà l'eliminazione del riferimento ai tempi di lavoro non ha inciso notevolmente sulla portata della norma in questione, né può essere letta nel senso della perdita di rilievo dell'organizzazione sotto il profilo temporale della prestazione; laddove il giudice accerti la sussistenza di un'organizzazione della prestazione con riferimento ai tempi e ai luoghi, può comunque applicare l'art 2. del d.lgs. n.81/2015.

D'altra parte, la dottrina ha ritenuto non condivisibile⁽⁴⁷⁾ la prospettiva che eleva le modalità di luogo e di tempo di esecuzione della prestazione lavorativa a criterio fondante la redistribuzione delle garanzie giuslavoristiche oltre il confine della tradizionale dicotomia tra subordinazione e autonomia.

I riferimenti al luogo e al tempo della prestazione, infatti, non sono mai stati di per sé dirimenti nel processo di qualificazione all'interno della classica distinzione subordinazione/autonomia.

5.Le problematiche sottese all'applicazione dell'art. 2 e la questione qualificatoria

La giurisprudenza sopra richiamata ha esteso l'ambito di applicazione dell'apparato protettivo riservato ai lavoratori subordinati, individuando nel rapporto di lavoro intercorrente tra i riders e la piattaforma la etero-organizzazione, per via dell'inserimento nell'organizzazione altrui anche sotto il profilo temporale.

Sebbene sia stata più volte sottolineata l'eccessiva attenzione rivolta all'art.2, il cui ambito di applicazione sarebbe ridotto e inadeguato a ricomprendere la vasta area di lavoratori che vi operano, le sentenze che hanno sancito l'applicabilità della norma in questione rivestono una certa importanza sotto diversi aspetti.

Da un primo punto di vista, relativo al profilo temporale della prestazione dei riders, si dimostra come l'assenza di un orario di lavoro tradizionalmente inteso non comporta

⁽⁴⁵⁾ Riferito alla natura personale delle prestazioni del collaboratore .

⁽⁴⁶⁾ Nonostante pare difficile configurare un'etero-organizzazione che non investa almeno uno dei due profili.

⁽⁴⁷⁾A. Perulli, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 410/2020, 13.

necessariamente l'assenza di una organizzazione aliena sotto il profilo temporale, cui i riders sono tenuti ad adeguarsi.

Si potrebbe dunque affermare che nonostante l'evoluzione tecnologica abbia causato il venir meno dell'unità spazio-tempo, la ricostruzione fatta dal giudice d'Appello nella sentenza n.26/2019 possa essere considerata come un elemento importante per affermare il recupero della rilevanza del fattore tempo anche per la tutela dei lavori che sono considerati autonomi.

Sotto altro profilo, tuttavia, il recente dibattito dottrinale⁽⁴⁸⁾ scaturito dalle problematiche applicative sottese all'art.2, e relative alla normativa in concreto applicabile una volta che sia accertata in giudizio la etero-organizzazione⁽⁴⁹⁾.

Nella stessa sentenza della Suprema Corte prima richiamata, se in un primo momento si legge che l'art.2 è una norma che dispone l'applicazione generalizzata delle tutele accordate al lavoratore subordinato, in quanto “non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile”, si precisa poi che “non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile” senza tuttavia approfondire il tema in quanto “non rilevante nel caso sottoposto all'esame di questa Corte”.

La questione non è di poco conto ma in realtà il problema sorge a monte: aderendo alla tesi dell'applicazione selettiva delle tutele, ci si trova in ogni caso a dover prima verificare se sussista in concreto la sussistenza del potere datoriale. E tale operazione non può dirsi agevole, così come non si può desumere l'insussistenza di un potere di controllo e del conseguente potere disciplinare dalla circostanza secondo cui la piattaforma non irroga sanzioni disciplinari a danno dei lavoratori che revocano la loro disponibilità o che non si presentano a rendere la prestazione. Tutto ciò senza considerare che la giurisprudenza più volte ha chiarito che tale potere può dirsi sussistente anche se solo potenziale.

Se è vero che la collaborazione etero-organizzata si distingue dal lavoro subordinato per l'assenza di un potere di direzione e di controllo, non si può certo affermare che l'art.2 sia il punto di arrivo della lunga strada volta a dare adeguate tutele a tutti i lavoratori “deboli”: è evidente che se il committente, invece di limitarsi ad organizzare le “modalità di esecuzione” delle “prestazioni di lavoro” fornite dal collaboratore, lo assoggettasse a vincoli ben più stringenti, ciò determinerebbe una diversa qualificazione del rapporto intercorrente e la sua riconduzione nell'ambito dell'art. 2094 c.c.: ma è proprio tale distinzione che è

⁽⁴⁸⁾ Per il quale si rimanda a F. Carinci, *op. cit.*; E. Dagnino, *Guardando l'altra parte del campo: la sentenza di Cassazione n.1663/2020 al di fuori del food delivery*, LDE, 2020, fasc. 1; M. Magnani, *Subordinazione, etero-organizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, DRI, 2020, fasc. 1; G.S. Passarelli, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 411/2020; A. Perulli, *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come “orientarsi nel pensiero”*, DRI, 2020, fasc. 2; A. Tursi, *La disciplina del lavoro etero-organizzato: tra riqualificazione normativa del lavoro subordinato, tecnica rimediata, e nuovo paradigma di protezione sociale*, LDE, 2020, fasc. 1. Sulla lettura combinata dell'art.2 e art 47 bis del d.lgs. n.81/2015 e sui caratteri della etero-organizzazione, si rinvia anche alla circolare n.7/2020 dell'INPS.

⁽⁴⁹⁾ Problematiche che emergono anche dalla lettura di Cass. n. 1663/2020.

difficile da individuare, soprattutto se poi si elimina dall'art.2 quel riferimento al tempo e al luogo che è stato quantomeno fondamentale nella motivazione della sentenza della Corte d'Appello di Torino che ha ricondotto i riders nella etero-organizzazione.

In altri termini, la tutela di cui all'art.2 si basa sul dato fattuale della etero-organizzazione, oggi privata dei riferimenti al tempo e al luogo, che sconta la difficoltà ad essere distinto da quella che viene considerata una subordinazione tout court o subordinazione "attenuata" di cui parla la giurisprudenza⁽⁵⁰⁾. E anche una volta sancita l'applicabilità della norma, si devono fare i conti con la delimitazione di tale tutela sulla base del "filtro" della compatibilità con la disciplina di cui all'art.2094 c.c., senza considerare la possibilità che tale disciplina venga a sua volta derogata dall'applicazione del 2 comma dell'art.2.

Ma l'adesione alla tesi dell'applicazione generalizzata conduce a problemi non minori, in quanto mette in luce la necessità di chiedersi se debba o meno perdurare il sistema basato, oltre che sulla dicotomia subordinazione autonomia, sul binomio fattispecie-effetti.

Sostenere questa tesi, che è quella portata avanti dalla Cassazione, significa infatti avere diversità di fattispecie con identità di effetti⁽⁵¹⁾

Per concludere sul punto, si può affermare che il dibattito intorno all'art.2 ha evidenziato quanto sia importante, in via preliminare, affrontare il tema della qualificazione del rapporto "che la prassi ci restituisce in tutta la sua inevitabilità"⁽⁵²⁾.

Nonostante in ambito internazionale⁽⁵³⁾ e comunitario⁽⁵⁴⁾ si auspichi l'introduzione di un quadro minimo di tutele per tutti i lavoratori a prescindere dal tipo, persiste nel nostro ordinamento la resistenza al superamento della dicotomia subordinazione-autonomia⁽⁵⁵⁾, come dimostrano le recenti sentenze del oggetto di analisi nel successivo paragrafo.

In realtà, si osserva che anche l'azione del legislatore comunitario, la quale mira ad estendere l'applicazione delle tutele previste dalle Direttive⁽⁵⁶⁾ mediante il ricorso alla

⁽⁵⁰⁾ Si rinvia sul punto a M. Magnani, *Subordinazione, eterorganizzazione* cit.

⁽⁵¹⁾ A. Tursi, *La disciplina del lavoro etero-organizzato* cit.

⁽⁵²⁾ M. Barbieri, *Lavoro su piattaforma, coronavirus, conflitto sociale e legislazione*, LLI, 2020, vol. 6, 1, 6.

⁽⁵³⁾ Attraverso l'azione dell'OIL.

⁽⁵⁴⁾ Invocando, ad esempio, il principio n. 5 del Pilastro Europeo dei Diritti Sociali. Più di recente, la direttiva n.1152/2019 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea mira a garantire le tutele attraverso l'introduzione di diritti minimi. Si rimanda anche a M. Freedland N. Kountouris. 2011. *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press; Davidov G., Mark Freedland & Kountouris N., *The Subjects of Labor Law: 'Employees' and Other Workers*, Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper No. 15-15, per una applicazione delle tutele nei confronti di chi svolge personalmente la prestazione lavorativa.

⁽⁵⁵⁾ Sul punto si rimanda a M.V. Ballestrero, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, LLI, 2020, vol. 6, 2 e nello stesso volume ai contributi di G. Ferraro, *Il diritto del lavoro ha ancora bisogno della subordinazione? Rispondendo a LLI e M. Pallini*, *La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione mentre per una diversa, condivisibile posizione v. L. Gaeta, La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*.

⁽⁵⁶⁾ Tra cui la Direttiva 2003/88 in materia di orario di lavoro.

nozione europea di lavoratore⁽⁵⁷⁾, pare confermare una impostazione dicotomica: il riferimento alla nozione europea di lavoratore, seppure più ampia rispetto alla nozione di lavoratore subordinato nazionale, richiede pur sempre di affrontare il processo qualificatorio, e dunque di individuare i requisiti, quali la personalità e l'esclusività, non sempre riconosciuti, specie laddove non si consideri il dato fattuale⁽⁵⁸⁾.

Da ultimo, si ritiene di dover richiamare, nell'ambito delle prospettive di tutela di matrice comunitaria che confermano l'impostazione dicotomica, la recente proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul miglioramento delle condizioni di lavoro nelle piattaforme digitali⁽⁵⁹⁾, sebbene la stessa, sotto certi aspetti, si presenta come innovativa.

La proposta, dopo aver chiarito come obiettivo generale quello di «migliorare le condizioni di lavoro e i diritti sociali delle persone che lavorano mediante piattaforme digitali, anche al fine di sostenere le condizioni per una crescita sostenibile delle piattaforme di lavoro digitali nell'Unione europea», pone come obiettivo specifico quello di «garantire che le persone che lavorano mediante piattaforme digitali abbiano, o possano ottenere, la corretta situazione occupazionale alla luce del loro effettivo rapporto con la piattaforma di lavoro digitale e abbiano accesso ai diritti applicabili in materia di lavoro e protezione sociale».

Tale obiettivo, secondo la proposta, va perseguito attraverso la predisposizione procedure appropriate per garantire la corretta determinazione della situazione occupazionale delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, in linea con il principio del primato dei fatti, nonché una presunzione relativa del rapporto di lavoro (compresa un'inversione dell'onere della prova) per le persone che lavorano mediante piattaforme di lavoro digitali che controllano determinati elementi dell'esecuzione del lavoro.

La finalità è dunque coerente con quelle già poste dall'Unione Europea, tuttavia viene messa in evidenza con particolare pregnanza la questione della qualificazione del

⁽⁵⁷⁾ Per cui si rinvia a L., Battista, *L'evoluzione del concetto di lavoratore nel diritto dell'Unione Europea*, in *ADL*, 2021, fasc. 3; G. Pacella, *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy*, *LLI*, 2020, vol. 6, 1.

⁽⁵⁸⁾ Sul punto si richiama una recente Ordinanza di C. giust. 22 aprile 2020, C-629/19 B. vs Yodel Delivery Network, che si è pronunciata sulla domanda pregiudiziale in cui si pone il problema di stabilire se la direttiva europea 2003/88 osti a talune disposizioni di diritto interno che imporrebbero al lavoratore di prestare personalmente l'attività di lavoro per rientrare nel campo di applicazione. Per un approfondimento, v. G. Pacella, *La nozione euro-unitaria di lavoratore* cit.; Prassl-A. Aloisi-N. Countouris- V. De Stefano, *Eu Court of Justice's decision on employment status does not leave platforms off the hook* in <http://regulatingforglobalization.com/2020/04/29/eu-court-of-justices-decision-on-employment-status-does-not-leave-platforms-off-hehook/?doingwpcron=1588927033.5229249000549316406250>; N. Countouris, *The Concept of 'Worker' in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope*, *ILJ*, 2018, vol. 47, 2. Sul punto si rinvia anche a O. Mazzotta, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, *Labor*, 2020, 12.

⁽⁵⁹⁾ 2021/0414 (COD). Per un'analisi più approfondita della proposta si rinvia a M. Barbieri, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva* cit.

rapporto di lavoro, dalla quale dipende l'applicazione delle tutele in materia di orario di lavoro.

Se ciò dimostra come anche in questa sede si segue l'impostazione dicotomica⁽⁶⁰⁾, vengono offerti spunti di riflessione per rafforzare questa strada e garantire una maggiore effettività di tutela.

Nel testo, in particolare, si espongono i rischi di una scorretta qualificazione, tra i quali quello di non poter godere dei diritti previsti dalla normativa comunitaria in materia di orario di lavoro, e si evidenzia come di tali rischi si faccia carico la gran parte dei lavoratori che operano mediante piattaforme digitali⁽⁶¹⁾.

Si tratta di un aspetto importante, che dimostra l'aver acquisito una consapevolezza sulla frequenza con la quale i lavoratori vengono erroneamente qualificati come autonomi, ma anche del sempre crescente numero di pronunce in ambito europeo che accertano tale erronea qualificazione⁽⁶²⁾.

Ma soprattutto si comprende quanto il tema dell'orario di lavoro influisca sulla qualificazione, proprio perché quest'ultimo continua ad essere considerato quale indice per rafforzare la tesi dell'autonomia del lavoratore che opera mediante piattaforma, sebbene, si osserva nella proposta, "tale flessibilità, soprattutto in termini di organizzazione degli orari di lavoro, potrebbe tuttavia già ora essere solo apparente, poiché l'orario di lavoro effettivo dipende dalla domanda in tempo reale di servizi, dall'offerta di lavoratori e da altri fattori."

Come anticipato, in base all'art.3 della proposta, un corretto il processo di qualificazione del rapporto deve basarsi in via principale sull'aspetto fattuale, ovvero sulle concrete modalità di esecuzione della prestazione e tenendo conto dell'utilizzo degli algoritmi da parte della piattaforma per organizzare il lavoro.

A seguito di una tale disposizione, che riprende quanto già auspicato dall'Unione, ma con più forza, la proposta fornisce uno strumento importante: l'art.4 dispone infatti una presunzione⁽⁶³⁾ di rapporto di lavoro subordinato, non applicabile retroattivamente, volta a rinforzare la protezione sociale dei lavoratori che operano mediante piattaforma.

In base a tale presunzione, si è in presenza di un rapporto di lavoro subordinato se la piattaforma controlla certi aspetti della prestazione di lavoro, e si individuano in particolare dei criteri, tra i quali quello di cui alla lettera (d) "effettiva limitazione, anche mediante sanzioni, della libertà di organizzare il proprio lavoro, in particolare della facoltà di scegliere l'orario di lavoro o i periodi di assenza, di accettare o rifiutare incarichi o di ricorrere a subappaltatori o sostituti".

⁽⁶⁰⁾ Tra 'person performing platform work' e 'platform worker' ai sensi dell'art.2 della proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali.

⁽⁶¹⁾ Si legge infatti «As a result of actions to address the risk of misclassification, up to 4.1 million people are expected to be reclassified as workers (circa 2.35 million on-location and 1.75 million online)».

⁽⁶²⁾ Sul punto, si rinvia a Hiebl C., *Case law on the classification of platform workers: Cross-European comparative analysis and tentative conclusions*, CLLPJ, 2021.

⁽⁶³⁾ Sul meccanismo della presunzione già utilizzato dalla giurisprudenza si richiama Hiebl, Christina, *Case Law on the Classification of Platform Workers: Cross-European Comparative Analysis and Tentative Conclusions* (May 2, 2021). Forthcoming, *Comparative Labour Law & Policy Journal*

Tale criterio, richiamando quale indice di subordinazione la restrizione della possibilità di organizzare il proprio tempo di lavoro, consente dunque di considerare come lavoratori subordinati anche coloro che formalmente non hanno un orario tradizionalmente prestabilito, ma che sono comunque costretti ad adeguarsi ad un'organizzazione altrui.

La proposta di Direttiva si distingue dunque dalle precedenti non solo per il riconoscimento di alcune garanzie minime anche per i lavoratori che in base all'art.2 sono considerati “*Persons performing platform work*”(64), ma anche per la maggior forza con cui affronta il tema dell'orario di lavoro e si propone di garantire dei criteri con cui accertare lo status dei lavoratori mediante piattaforma e con cui promuove nuovi diritti per tutti i lavoratori, anche quelli considerati come autonomi, tuttavia rimanda pur sempre al lavoro subordinato per delineare il suo ambito di applicazione, seppur riferendosi alla nozione europea.

6. Le recenti sentenze del Tribunale di Palermo, di Torino e di Milano sui riders: il ritorno alla subordinazione

In controtendenza rispetto alla giurisprudenza nazionale che ha fatto utilizzo dell'art.2 d.lgs. n.81/2015, ma in coerenza con l'ampia dottrina(65) che ritiene ancora oggi insuperabile il binomio autonomia/subordinazione, la sentenza del Tribunale di Palermo n.3570 del 24 novembre 2020 presenta alcuni aspetti che fanno pensare a un ritorno al passato, ma anche altri che potrebbero costituire un importante spunto di riflessione per il futuro.

Senza soffermarsi sull'analisi approfondita degli elementi che hanno condotto a ravvisare nel caso in specie gli indici primari della subordinazione(66), si osserva che il giudice ha affrontato la questione relativa ai tempi di lavoro in maniera peculiare rispetto alle sentenze precedenti che si sono occupate di far fronte alle istanze di tutela dei riders.

Dopo aver analizzato l'organizzazione del lavoro e le modalità di svolgimento dello stesso(67), si è pronunciato sulla qualificazione del segmento di tempo in cui il rider si trova nel punto di incontro, in attesa di ricevere un ordine di consegna, affermando che anch'esso costituisce tempo di lavoro e in quanto tale va retribuito, accogliendo la richiesta del lavoratore, anche sulla scorta della mancata contestazione, da parte della società, dei conteggi prodotti in giudizio.

Il Tribunale, per giungere a questa conclusione, ha dato perciò rilievo alla circostanza, ignorata nelle precedenti pronunce, secondo cui «... il lavoratore sia a

(64) In part. l'art. 10.

(65) E come osservato, con la stessa impostazione seguita dall'Unione Europea

⁶⁶ Per i quali si rinvia a M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico* cit.; sempre M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclotattorini*, cit. 23.

(67) Aspetto che, come osservato da M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico* cit., 72, è compatibile con il principio di indisponibilità del tipo espresso dalla Corte Costituzionale.

disposizione del datore di lavoro nel periodo di tempo antecedente l'assegnazione dello stesso, mediante la connessione all'app con il cellulare carico e la presenza fisica in luogo vicino quanto più possibile ai locali partner di parte datoriale, realizzando così una condotta tipica della subordinazione».

Tale ricostruzione consente di fare un passo avanti rispetto alla tradizionale configurazione dell'orario di lavoro quale periodo in cui il lavoratore si trova fisicamente sul luogo di lavoro, che ha in diverse circostanze impedito di considerare come orario quei momenti in cui il lavoratore, pur essendo a disposizione del datore e dunque non libero di gestire il proprio tempo di riposo, non si trovava fisicamente sul luogo di lavoro⁽⁶⁸⁾; tuttavia, è comunque da osservare come non manchino ad oggi pronunce⁽⁶⁹⁾ che consentono di estendere la nozione di orario di lavoro dando rilievo, più che alla presenza fisica sul luogo di lavoro, all'incidenza oggettiva dei vincoli, imposti a un lavoratore durante il servizio di pronto intervento in regime di reperibilità, sulla facoltà per quest'ultimo di gestire liberamente, nel corso del medesimo servizio, il tempo durante il quale i suoi servizi professionali non sono richiesti.

Tenere in considerazione le modalità inedite di svolgimento della prestazione, eseguita anche mediante l'utilizzo di piattaforme digitali, in cui spesso non è neanche identificabile un luogo tradizionalmente inteso, e porre l'accento sull'interesse che la piattaforma intende soddisfare⁽⁷⁰⁾, è importante per la definizione di ciò che è tempo di lavoro: consente infatti di affermare che tali lavoratori sono inequivocabilmente inseriti in un'organizzazione che per funzionare necessita, oltre che della consegna in sé, anche della disponibilità di un certo numero di lavoratori, che utilizzano il proprio tempo di vita nell'interesse altrui⁽⁷¹⁾.

D'altra parte, come già condivisibilmente osservato in passato, «Solo dopo aver deciso se lo scambio interviene tra salario e prestazione effettiva, o prestazione utile, o messa a disposizione delle energie lavorative, sapremo quale valore giochi il tempo nella definizione della subordinazione del lavoratore»⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁸⁾ Sul punto si rimanda alla giurisprudenza della C. giust. che più volte si è pronunciata sul tema: CGE 9.11.2003 (C-151/02, caso Jäger); n CGE 3.10.2000 (caso SIMAP); CGE 5.10.2004; C397/01 a C-403/01, caso Pfeiffer). Sulla difficile definizione dei segmenti di lavoro che non rientrano nell'orario ma che non sono neanche considerabili quale riposo, v. M. Ferraresi, *Disponibilità e reperibilità del lavoratore*, RIDL, 2008, 1; G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, 2005.

⁽⁶⁹⁾ V. il caso C-580/19 RJ v Stadt Offenbach am Main.

⁽⁷⁰⁾ Sul punto si rinvia a V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclo-fattorini)*, *Labor*, 2020, 678, il quale evidenzia che «L'interesse organizzativo-produttivo della piattaforma informatica non viene soddisfatto in una sola consegna, bensì nella ripetizione su larga scala di quelle consegne, con velocità di esecuzione».

⁽⁷¹⁾ La circostanza secondo cui lo stare a disposizione è interesse del "committente" è dimostrata anche dalle nuove modalità di mobilitazione dei riders. Si veda sul punto L. Cini- B. Goldmann, *Osservazioni sullo spazio di lavoro. Dal controllo alla mobilitazione. Le lotte dei ciclofattorini e dei facchini della logistica in Italia*, LLI, 2020, 2, 16.

⁽⁷²⁾ M.V. Ballestrero, *Tempo di lavoro e nozione di subordinazione*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro* (AIDLASS Genova 4-5 aprile 1986), Giuffrè, 1987, 165.

Né tali osservazioni mutano laddove si tenga in considerazione l'attuale scelta di Uber Eats e di Deliveroo di passare al c.d. free log-in, ovvero di eliminare il meccanismo dei turni che costringe i riders a mantenersi on line sull'app della piattaforma, in attesa di ottenere commissioni e senza alcuna garanzia retributiva per il tempo di attesa: al contrario, ciò conferma la sussistenza di un vincolo giuridico in capo agli stessi, cioè quello di assicurare dentro il tempo massimo tollerato dalla piattaforma un certo tempo di disposizione⁽⁷³⁾.

Tuttavia, come già messo in evidenza, il riconoscimento dei segmenti in cui il lavoratore è a disposizione della piattaforma presuppone la risoluzione del processo di qualificazione in termini di subordinazione: in tal senso si potrebbe dunque sostenere che la sentenza in commento fa "un passo indietro" rispetto alle precedenti pronunce che hanno fatto applicazione dell'art.2 d.lgs. n. 81/2015 in ottica rimediabile. Ma sul punto, si osserva, in disparte la presenza di un dibattito in dottrina su tale ottica, che l'art.2 non pare costituire in ogni caso una soluzione duratura al problema della tutela dei lavoratori digitali, sia per la scarsa portata innovativa sia perché ai fini dell'applicazione della norma, è necessario pur sempre qualificare la prestazione, operazione rimessa all'accertamento del giudice che non può produrre effetti se non sul singolo caso in specie.

Con riguardo al processo di qualificazione, nella motivazione si dà rilievo anche al fattore tempo.

Al quesito preliminare in ordine alla libertà dei riders di scegliere se e quando lavorare⁽⁷⁴⁾, il Tribunale ha dato questa volta risposta negativa⁽⁷⁵⁾, affermando che a fronte della predeterminazione oraria tale libertà era solo formale, e ciò tenendo in considerazione non solo la fase genetica, ma anche quella esecutiva⁽⁷⁶⁾, e che «l'organizzazione del lavoro operata in modo esclusivo dalla parte convenuta sulla piattaforma digitale nella propria disponibilità si traduce, oltre che nell'integrazione del presupposto dell'etero organizzazione, anche nella messa a disposizione del datore di lavoro da parte del lavoratore delle proprie energie lavorative per consistenti periodi temporali (peraltro non retribuiti) e nell'esercizio da parte della convenuta di poteri di direzione e controllo, oltre che di natura latamente disciplinare, che costituiscono elementi costitutivi della fattispecie del lavoro subordinato ex art. 2094 c.c.»

La sentenza analizzata ha dunque il merito di aver affrontato⁽⁷⁷⁾, diversamente da Cass. n.1663/2020, il tema della qualificazione dei tempi di disponibilità dei riders,

⁽⁷³⁾G. Pacella, *Il Tribunal Supremo spagnolo ci insegna qualcosa sul lavoro dei rider*, LLI, 2020, vol. 6, 2,38.

⁽⁷⁴⁾ Sull'analisi del nesso tra la predeterminazione oraria per l'esercizio della loro attività e la sussistenza o meno di un vincolo di subordinazione in ottica comparata, si veda Pacella, *Il lavoro tramite piattaforma digitale nella giurisprudenza dei Paesi di civil law*, LLI, 2019, vol. 5, 1.

⁽⁷⁵⁾ Si osserva che tale aspetto è stato affrontato anche dalla recentissima Trib. Milano n.1018/2022.

⁽⁷⁶⁾Sul punto si veda G. Pacella, *Il Tribunal Supremo spagnolo ci insegna qualcosa sul lavoro dei riders*, in LLI, Vol. 6, No. 2, 2020, p.41

⁽⁷⁷⁾ Così come la sentenza del Trib. Milano n. 1018/2022, in cui si legge «le modalità di assegnazione degli incarichi di consegna (in base all'algoritmo) costringono il lavoratore a essere a disposizione del datore di lavoro nel periodo di tempo antecedente l'assegnazione, mediante la connessione dell'app, e ad essere

dimostrando quanto tale disponibilità rientri tra i doveri funzionali al soddisfacimento dell'interesse creditorio⁽⁷⁸⁾ e confermando l'importanza del tempo di lavoro: sono stati al più sovrapposti il piano della libertà sul "quando lavorare" con il piano fattuale delle modalità di svolgimento della prestazione.

Tuttavia, sarebbe auspicabile muovere un ulteriore passo avanti verso il riconoscimento di un ruolo del tempo di lavoro anche per i lavoratori che non vengono riconosciuti dal giudice come subordinati. Attualizzare la nozione di orario⁽⁷⁹⁾, infatti, consentirebbe di riconoscere ai riders il computo del tempo trascorso a disposizione della piattaforma solo laddove questi venissero qualificati come subordinati; ma ciò è rimesso alla possibilità per il lavoratore di adire a un giudice e all'esito del giudizio stesso.

Alle stesse conclusioni della sentenza sopra richiamata sono giunte le recenti sentenze del Tribunale di Torino e del Tribunale di Milano.

La sentenza del Tribunale di Torino del 18 novembre 2021, pronunciandosi sulla domanda principale dei riders volta al riconoscimento della natura subordinata del rapporto di lavoro con Uber Italy⁽⁸⁰⁾, ripercorre approfonditamente la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, la giurisprudenza nazionale ed europea e conclude per la qualificazione del rapporto in termini di subordinazione dando rilievo, in motivazione, all'aspetto dell'organizzazione della prestazione sotto il profilo temporale.

Premessa la qualificazione dell'attività della piattaforma quale attività d'impresa⁽⁸¹⁾, e ribadita l'importanza di valutare la qualificazione giuridica del rapporto di lavoro

fisicamente vicino ai locali di ritiro: un elemento non trascurabile anche sul piano della qualificazione del rapporto di lavoro, poiché si impone al rider di essere già disponibile ad effettuare la consegna».

⁽⁷⁸⁾ In ciò cogliendo quella concezione, messa in evidenza da M. Pallini, *La subordinazione è mortale*, cit., 85, secondo cui «è una nozione di subordinazione che declina i caratteri della direzione e della dipendenza in termini organizzativi, con riguardo al processo di produzione piuttosto che alla prestazione individuale di lavoro».

⁽⁷⁹⁾ In J.C. Villalòn, *Le trasformazioni delle relazioni industriali di fronte alla digitalizzazione dell'economia*, DLRI, 2018, 477 si osserva, infatti, che «Non c'è superamento del parametro tempo come delimitatore della prestazione, ma necessità di nuove regole che si adattino alla realtà».

⁽⁸⁰⁾ La vicenda si presenta in realtà più complessità, in quanto il giudice ha verificato nell'interesse di quale soggetto veniva svolta l'attività posta in essere dai riders ricorrenti, procedendo quindi, contemporaneamente, a qualificare la fattispecie riguardo all'effettivo tipo contrattuale che è emerso dalla concreta attuazione della relazione negoziale. Ciò in quanto la società Uber Italy ha sostenuto come fra la società suddetta e l'impresa individuale FRC, sarebbe intervenuto un contratto (verbale) di appalto per la gestione del servizio delle consegne di cibo raccolte tramite l'app 'UberEats', contratto del tutto genuino ed in base al quale FRC provvedeva 'ad assicurare il servizio di consegna di cibo/bevande ordinate tramite l'App 'Uber Eats' gestendo in piena autonomia ogni fase di tale attività, con propria organizzazione e assumendo i relativi costi'. Sul punto, Il tribunale ha affermato che reale centro d'imputazione del rapporto contrattuale con i riders sia stata la società Uber Italy S.r.l. e non l'impresa individuale FRC il cui ruolo era di mero soggetto intermediario tra Uber Italy S.r.l. e i singoli fattorini, in virtù di accordi verbali di collaborazione

⁽⁸¹⁾ Richiamando in particolare la pronuncia della Grande Sezione della C. giust. 20 dicembre 2017, C-434/15, emessa in relazione alla vicenda Uber System Spain. Più in part., la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla domanda pregiudiziale vertente la qualificazione giuridica del servizio svolto da Uber Uber Systems Spain e delle società a essa collegate, posto che dalla qualificazione dell'attività in termini di società di servizi di trasporto, di servizi propri della società dell'informazione oppure una combinazione di entrambi

intercorso tra le parti sulla scorta del concreto atteggiarsi del medesimo e non della sua formale qualificazione, il Tribunale di Torino conferma le considerazioni del Tribunale di Palermo sulla libertà dei fattorini di scegliere se e quando lavorare.

Dall'analisi delle modalità di esecuzione della prestazione è emerso infatti che la meccanica dell'applicazione implicava che il potenziale guadagno crescesse proporzionalmente all'arco di tempo in cui i riders si rendevano reperibili, arco di tempo che, precisa il tribunale, non era stabilito

dal rider, perché di fatto, su indicazioni di dirigenti e dipendenti di Uber Italy S.r.l., Le. MO. di FRC, esortava quotidianamente i riders a collegarsi negli orari prossimi al pranzo ed alla cena - che Uber Italy S.r.l. presumeva - sulla base dei processi elaborati dalla società stessa - più proficui.

Inoltre, è emerso che Uber Italy S.r.l. stabiliva gli orari di maggiore necessità di riders a disposizione (le c.d. supply hours) e la società, attraverso FRC, sollecitava insistentemente i riders a collegarsi e a svolgere attività lavorativa negli orari che riteneva più proficui per la propria attività, con modalità tali da coartare, di fatto, la volontà dei singoli riders.

Il Tribunale, sulla scorta di tali elementi, ha affermato che l'intera operazione di consegna constava di segmenti di azione specificamente predeterminati dall'app, ribadendo il rilievo, ai fini della qualificazione, che assume l'organizzazione datoriale dei tempi di lavoro effettuata dalla piattaforma al fine di perseguire l'unico interesse dell'impresa.

Si legge infatti che “la collocazione del lavoratore nell'organizzazione imprenditoriale in modo di fatto obbligatorio, la messa a disposizione del datore di lavoro delle proprie energie lavorative sotto la direzione dell'app della piattaforma digitale, che fornisce indicazioni obbligatorie, passibili di essere solo accettate o rifiutate dal lavoratore e che, in tale ultimo caso, né comportano la possibile sospensione e, nei casi più gravi, il blocco, non può che ritenersi rientrare nel paradigma dell'articolo 2094 c.c., come interpretato dalla Corte Costituzionale con la sentenza numero 30 del 1996, non potendosi dubitare che sia il risultato dell'attività lavorativa che la sua organizzazione perseguono interessi unicamente datoriali e totalmente estranei al lavoratore”.

Infine, è di rilievo, per l'analisi qui condotta in relazione al tempo, anche la precisazione operata dal Tribunale, a mente della quale non vale ad escludere la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato il fatto che i ricorrenti non abbiano seguito un orario di lavoro a tempo pieno con prestazione lavorativa cadenzata con uno specifico orario giornaliero, sia in quanto è stato accertato che gli stessi sono rimasti connessi all'app, a disposizione di Uber Italy S.r.l. per lo svolgimento dell'attività di consegna di pasti a

i tipi di servizi sarebbe dipesa la disciplina applicabile (l'articolo 56 TFUE, della Direttiva 2006/123 e della Direttiva 2000/31). La Corte, dopo aver richiamato le osservazioni del giudice di rinvio, ha affermato che il servizio offerto da Uber non è soltanto un servizio d'intermediazione che consiste nel mettere in contatto, mediante un'applicazione per smartphone, un conducente non professionista che utilizza il proprio veicolo e una persona che intende effettuare uno spostamento in area urbana, in quanto la società in questione crea l'offerta e al tempo stesso organizza il funzionamento generale a favore delle persone che intendono avvalersi di tale offerta per uno spostamento in area urbana

domicilio, in media per più di 20 ore settimanali, sia in quanto il concetto di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. non postula necessariamente una continuità giornaliera della prestazione lavorativa, avendo peraltro l'osservanza di un orario natura meramente sussidiaria e non decisiva'.

Nell'ambito delle sentenze che si sono occupate del tema della qualificazione dei riders, si segnala infine la recente sentenza del Tribunale di Milano n. 1018/2022, che parimenti pone un punto fermo sulla sola formale libertà di scegliere quando lavorare e sulla sussistenza, nei fatti, di un'organizzazione cui i riders sono tenuti ad adeguarsi.

Anche in tale pronuncia⁽⁸²⁾, infatti, si afferma che le modalità di assegnazione degli incarichi di consegna (in base all'algoritmo) costringono il lavoratore a essere a disposizione del datore di lavoro nel periodo di tempo antecedente l'assegnazione, e che in ogni caso la facoltà di rifiutare la singola prestazione non integri affatto un elemento di incompatibilità rispetto alla subordinazione, in quanto costituisce elemento che non attiene al contenuto del rapporto, bensì è esterno, sul piano non solo logico bensì temporale.

7. L'orario di lavoro dei riders secondo la Supreme Court: Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents) [2021] UKSC 5

La soluzione prospettata dal Tribunale di Palermo, così come le successive pronunce del Tribunale di Torino e di Milano, è in linea con diverse sentenze di altri Stati che sempre più spesso accertano, con riferimento all'attività dei prestatori che operano mediante piattaforme digitali, l'esistenza della subordinazione⁽⁸³⁾.

Con particolare riferimento al fattore tempo e alla qualificazione dei tempi di disponibilità si è di recente espressa la Supreme Court del Regno Unito, che con recente decisione⁽⁸⁴⁾ riguardante gli autisti di Uber, con una motivazione simile a quella della sentenza del Tribunale di Palermo sui riders.

L'ordinamento anglosassone, come noto, contempla, accanto alla categoria di employee e independent contractor, una terza categoria di lavoratori, c.d. workers⁽⁸⁵⁾, alla quale si applicano unicamente le tutele previste dalle norme di legge sull'orario di lavoro, sul salario minimo nazionale e sulle discriminazioni, nonché sul whistleblowing.

⁽⁸²⁾ Concernente la qualificazione della prestazione dei riders di Deliveroo.

⁽⁸³⁾ Tra le tante, Cour de Cassation, Chambre Sociale, 28 novembre 2018, n. 1737; Juzgado de lo Social de Madrid, 4 aprile 2019, n. 133.; Juzgado de lo Social de Gijón, 20 febbraio 2019, n. 61, Commission Administrative de règlement de la relation de travail (CRT) - Chambre Francophone, 9 marzo 2018, n. 113, richiamate in G. Pacella, *Il lavoro tramite piattaforma digitale* cit.

⁽⁸⁴⁾ Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents) [2021] UKSC 5

⁽⁸⁵⁾ Definiti dall'Employment Rights Act 1996, Sezione 230.3 lett. b) «quali individui che si impegnano ad eseguire personalmente qualsiasi lavoro o servizio per la controparte la cui posizione non è, in virtù del contratto tra i due, quella di un cliente o di un assistito (client or customer) di qualsiasi professione o impresa svolta dall'individuo».

Nel 2016 i ricorrenti, nella qualità di autisti di Uber, adivano al Employment Tribunal di Londra per vedersi riconoscere i diritti soprarichiamati, e dunque reclamando lo status di workers.

La vicenda, decisa dal Tribunale prima e dalla Corte d'Appello poi⁽⁸⁶⁾ in senso favorevole ai ricorrenti, è approdata dinanzi alla Supreme Court, che ha affrontato nuovamente il tema della libertà di scelta dei tempi di lavoro degli autisti e della perimetrazione dell'orario di lavoro, necessaria ai fini della quantificazione del salario e delle ferie.

Sul primo punto, la Supreme Court afferma che «In all these respects, the findings of the employment tribunal justified its conclusion that, although free to choose when and where they worked, at times when they are working drivers work for and under contracts with Uber», mettendo dunque in evidenza che la libertà di scegliere se e quando lavorare è solo formale.

Con riferimento al secondo aspetto, la sentenza pone l'accento sul fatto che essere disponibili è necessario per garantire un ottimale funzionamento dell'organizzazione, e, nel rispondere al quesito “When are the drivers “working” for Uber?”, pare porsi in linea con le considerazioni dell'ET di Londra⁽⁸⁷⁾, e dunque con una lettura estensiva dei segmenti da considerare per definire quando un autista sta lavorando per Uber⁽⁸⁸⁾. Infatti la Corte, richiamando la definizione di orario di lavoro contenuta nel Working Time Regulations 1998⁽⁸⁹⁾, ritiene che non vi siano difficoltà a far rientrare in tale nozione il momento in cui il rider è “on call”.

Le considerazioni contenute nella sentenza in relazione al tempo di lavoro potrebbero essere trasposte alla figura del rider: emerge dunque l'intreccio tra la “crisi” dell'orario di lavoro ai fini della qualificazione e quella dell'orario quale strumento di tutela della salute del lavoratore, anche digitale, nel senso che le difficoltà dell'orario a fungere da

⁽⁸⁶⁾ Per la cui analisi si rinvia a V. Pietrogiovanni, *L'importanza di chiamarsi lavoratori, ossia delle corti del Regno Unito alle (p)rese con il lavoro a chiamata sulle piattaforme*, in LLI, Vol. 5, No. 1, 2019; Freedman-D. Du Toit, *One Small Step Towards Decent Work: Uber v Aslam in the Court of Appeal*, in Industrial Law Journal, 2019; E. Dagnino, *Note a margine della sentenza Uber UK*, BA, 29 ottobre 2016.

⁽⁸⁷⁾ A fronte della richiesta dei ricorrenti di considerare l'orario di lavoro esteso dal momento in cui l'autista lascia la propria abitazione fino a quando vi fa ritorno, l'ET aveva affermato che il tempo di lavoro del conducente inizia quando egli è nel territorio di Londra, ha l'App attivata ma non ha ancora accettato un viaggio, laddove la Corte d'Appello si era espressa sul punto accogliendo la soluzione più restrittiva prospettata dal Tribunale, ovvero quella secondo cui al più l'autista inizia a lavorare per Uber dal momento in cui accetta qualsiasi viaggio.

Come osservato da E. Dagnino, *Note a margine della sentenza Uber UK cit.*, la richiesta prende le mosse da una recente sentenza della Corte Europea di Giustizia, che il Tribunale non ritiene rilevante nel caso di specie (si tratta di C-266/14, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (CC.OO.) v Tyco Integrated Security Sl et al., 10 settembre 2015).

⁽⁸⁸⁾ Nei paragrafi 136-137, si legge, infatti: «working for Uber was not limited (as Uber argued) to periods when they were actually driving passengers to their destinations, but included any period when the driver was logged into the Uber app within the territory in which the driver was licensed to operate and was ready and willing to accept trips».

⁽⁸⁹⁾ Secondo cui «in relation to a worker, as “any period during which he is working, at his employer's disposal and carrying out his activity or duties».

indice sussidiario di subordinazione si ripercuotono sulla funzione fondamentale dell'orario di tutela della salute e della sicurezza.

8. L'inadeguatezza dell'attuale nozione di orario per la tutela della salute e della sicurezza del lavoratore: considerazioni conclusive

Dalle considerazioni finora svolte, emerge la persistente resistenza al superamento della subordinazione quale categoria da cui far discendere l'applicazione dell'apparato protettivo di tutele, e tale resistenza parrebbe giustificata dall'analisi della più recente giurisprudenza sui riders: la prestazione di questi ultimi, infatti, si avvicina a tutti gli effetti, per le concrete modalità di esecuzione, a una prestazione subordinata, per quanto continuo comunque a porsi questioni tradizionali relative alla disciplina dei tempi (alla durata massima, in particolare) e alla rilevanza economica delle fasi di attesa della commessa⁽⁹⁰⁾.

Tuttavia, tale soluzione non può essere estesa a tutti i lavoratori della gig-economy, e la qualificazione dei tempi continua ad essere una questione che segue sempre a quella preliminare della qualificazione del rapporto da parte del giudice.

Inoltre, l'innovazione tecnologica ha accentuato il problema della tutela della salute non solo dei lavoratori digitali ma anche degli stessi lavoratori che sono pacificamente subordinati e che svolgono la prestazione con modalità inedite, sebbene per questi ultimi, come correttamente osservato, «il problema non è tanto un impellente bisogno di tutela eteronoma (ancorché diritti di nuovo conio come il diritto di disconnessione sembrano discretamente utili per evitare anche eccessi di autosfruttamento); quanto di rilevare nuove modalità di regolazione con un genuino ruolo affidato all'autonomia individuale nel corroborare le nuove coordinate spazio temporali della prestazione di lavoro»⁽⁹¹⁾.

Pertanto, nonostante continui a farsi strada l'idea della libertà dall'orario di lavoro come sinonimo di autonomia, le continue istanze di tutela fanno riflettere sulla necessità di risolvere le difficoltà che l'orario di lavoro ha nel raggiungimento della sua funzione principale, ovvero la tutela della salute del lavoratore.

Ora più che mai è evidente come i modi di lavorare e i bisogni di tutela siano plasmati dal contesto economico-sociale: gli stessi cambiamenti che l'emergenza Covid-19 ha prodotto sulle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro⁽⁹²⁾ possono costituire un importante spunto per confermare quanto sia importante una adeguata regolamentazione

⁽⁹⁰⁾ V.S. Leccese, *La disciplina dell'orario di lavoro nell'accordo integrativo aziendale Takeaway.com*, LLI, 2021, vol. 7, No. 1, 156.

⁽⁹¹⁾ B. Caruso, *I Lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, DRI, 2019, 1021.

⁽⁹²⁾ Emblematico il mutamento di funzioni dello smart-working da strumento per migliorare la produttività e la conciliazione dei tempi di vita-lavoro a strumento di tutela della sicurezza e soprattutto modalità per evitare di aggravare la crisi economica con un blocco delle attività.

dell'orario: come già osservato, «analizzare la dimensione temporale non volge a negare la qualificazione in termini di subordinazione, quanto ad attualizzarne la nozione⁽⁹³⁾».

Si potrebbero dunque delineare due ordini di conclusioni.

Per quanto riguarda i lavoratori subordinati che svolgono la prestazione attraverso l'utilizzo delle tecnologie digitali, si potrebbe ragionare sulla possibilità di individuare, anche sulla base delle più recenti pronunce della Corte di Giustizia, una nuova nozione di orario di lavoro, che tenga conto della sempre più frequente assenza di un luogo di lavoro tradizionalmente inteso, in modo che un'interpretazione della subordinazione al passo coi tempi possa quantomeno tutelare un maggior numero di lavoratori. E ciò in linea con l'impostazione della dottrina secondo cui occorre leggere le categorie tradizionali alla luce del nuovo contesto e delle nuove modalità di svolgimento della prestazione, dato che l'impresa, il datore di lavoro e il lavoratore subordinato costituiscono oramai figure a geometria variabile⁽⁹⁴⁾.

Con riferimento ai lavoratori che non rientrano nell'ambito di applicazione del lavoro subordinato, tenuto conto della attuale impossibilità di mettere in pratica le prospettive internazionali e dunque di prescindere dalla qualificazione del rapporto⁽⁹⁵⁾, si ritiene di dover ragionare in generale su altre ipotesi, quale quella di configurare le tutele in base all'esposizione al rischio⁽⁹⁶⁾, e in particolare, con riferimento al tempo di lavoro, sulla possibilità di sganciare la qualificazione dei tempi di lavoro dalla qualificazione dello stesso rapporto⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹³⁾ V. Bavaro, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, RGL 2018, 54.

⁽⁹⁴⁾ S. Auriemma, *op.cit.*, 130.

⁽⁹⁵⁾ D'altra parte, l'auspicabile raggiungimento di un livello minimo di tutele a tutti i lavoratori prescindendo dalla loro qualificazione, ad esempio rifacendosi alla nozione di lavoro dignitoso coniata in senso all'Organizzazione Internazionale del Lavoro, che riguarda certamente anche l'orario, è ancora lontano da raggiungere, se si tiene conto delle difficoltà persistenti di garantire effettività alle previsioni delle Convenzioni. Sul punto C. Behrendt - Quynh Anh Nguyen, *Innovative approaches for ensuring universal social protection for the future of work, ilo future of work: research paper series*, ILO, 2018; C. Spinelli, *Ilo e orario di lavoro: istanze tradizionali e nuovi scenari, Variazioni su Temi di diritto del lavoro*, 2019, 787 ss.; Per un'analisi del ruolo dell'OIL nella tutela di condizioni di lavoro dignitose, G. Casale, *Il ruolo dell'ILO negli ultimi cent'anni*, LDE, 2019, fasc. 2.

⁽⁹⁶⁾ P. Loi, *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, RGL, 2017, 259 ss.

⁽⁹⁷⁾ Tale problematica è stata ben messa in evidenza in O. Mazzotta, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali* cit., 12 il quale afferma che «il problema della decisione della Corte di Giustizia sta nel fatto che prima si qualifica la prestazione e poi l'orario di lavoro, con la conseguenza che anche laddove la prestazione si configuri come tempo vincolato all'interesse produttivo, se il lavoro è autonomo il tempo non si considera...Resta l'orario di lavoro qualificato come obiettivo ma con la digitalizzazione aumenta sempre più il tempo che è pur sempre lavoro ma non lavoro effettivo tale da essere ricondotto nella nozione di orario, e, dunque, retribuito».

Bibliografia

- Albi P., *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 430/2020.
- Alessi C., *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, in WP C.S.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 123/2011.
- Aloisi A. - De Stefano V., *Il pacco è servito?* in <https://www.rivistailmulino.it/a/il-pacco-servito-note-sull-accordo-tra-assodelivery-e-ugl-riders>.
- Altimari M., *Tempi di lavoro (e non lavoro) e economia digitale: tra diritto alla disconnessione e ineffettività dell'impianto normativo-garantista*, in *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019.
- Altimari M. - Occhino A., *Il diritto alla disconnessione: un "vecchio" diritto ineffettivo?* in *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018.
- Aurimemma S., *Subordinazione nell'epoca dell'economia digitale*, in RGL n.2/2017.
- Ballestrero M.V., *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in LLI, 2020, Vol. 6, n. 2.
- Ballestrero M.V., *Tempo di lavoro e nozione di subordinazione*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (AIDLASS Genova 4-5 aprile 1986)*, Giuffrè, 1987.
- Barbera M., *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in LLI, 2021, vol. 7, no. 1.
- Barbera M., *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale: tra differenziazione e universalismo di tutele*, in DLRI, 2018, 159.
- Barberio M., *Riders on the storm: dipendenza tecnica ed economica nel sistema spagnolo* in *Variazioni su Temi di Diritto del lavoro*, 2020, fasc. 3.
- Barbieri M., *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in LLI, 2021, Vol. 7, n. 2.
- Barbieri M., *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura*, in Carabelli U. Fassina L. (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, in I seminari della Consulta giuridica CGIL, n.3/2020.
- Barbieri M., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nella sentenza di Palermo sui riders*, in LLI, 2020, Vol. 6, n. 2.
- Barbieri M., *Lavoro su piattaforma, coronavirus, conflitto sociale e legislazione: i nodi sono tutti da sciogliere*, in LLI, 2020, Vol. 6, n. 1.
- Barbieri M., *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in LLI, 2019, Vol. 5, n. 2.
- Barracco E., *Art. 5. Commento*, in Cester C., Mattarolo M.G., Tremolada M. (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro. Commentario al d. lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Milano, Giuffrè, 2003.
- Bavaro V., *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclofattorini)*, in *Labor, Il lavoro nel diritto*, 2020, 6.
- Bavaro V., *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in RGL, 2018, fasc. 1.
- Bavaro V., *Il tempo del contratto del lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, Bari, 2008.
- Bavaro V., *Una questione sul tempo contrattuale di lavoro (a proposito di orario ridotto, modulato, flessibile)* in RGL 2004, fasc. 1.
- Battista L., *L'evoluzione del concetto di lavoratore nel diritto dell'Unione Europea*, in ADL, 2021, fasc. 3.
- Behrendt C. and Quynh Anh Nguyen, *Innovative approaches for ensuring universal social protection for the future of work*, ILO, 2018.
- Belsito A., *I contratti flessibili. Part-time, job sharing e lavoro intermittente*, Giuffrè, 2016
- Biasi M., *Tra fattispecie ed effetti: il "purposive approach" della Cassazione nel caso Foodora*, in LDE, 2020, fasc. 1.
- Borelli S. - Ranieri M., *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank*, in LLI, 2021, vol. 7, n. 1.
- Buoso S., *La dimensione temporale del lavoro tra prevenzione primaria e secondaria*, in DSL, 2017, fasc.1.

- Capponi F., *Lavoro tramite piattaforma digitale: prima lettura del d.l. n. 101/2019 convertito in l. n. 128/2019*, in DRI, 2019, fasc. 4.
- Carinci F., *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 414/2020.
- Caruso B., *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 146/2018.
- Casale G., *Il ruolo dell'ILO negli ultimi cent'anni*, in LDE, 2019, fasc. 2.
- Cherry M. Aloisi A., *"Dependent contractors" in the gig economy: a comparative approach*, American University Law review, Vol. 66 No.3, 2017.
- Dagnino E., *La regolazione dell'orario di lavoro nell'era del working anytime, anywhere. Spunti dalla disciplina italiana del lavoro agile e del diritto alla disconnessione* in *Adapt, Working Paper* n. 5/2021
- Dagnino E., *Guardando l'altra parte del campo: la sentenza di Cassazione n. 1663/2020 al di fuori del food delivery*, in LDE, 2020, fasc.1.
- Dagnino E., *Note a margine della sentenza Uber UK*, in BA 29 ottobre 2016.
- Daubler W. - Klebe T., *Crowdwork: datore di lavoro in fuga?* in DLRI, 2016, 156.
- Davidov G. - Freedland M. - Kountouris N., *The Subjects of Labor Law: 'Employees' and Other Workers*, Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper No. 15, 2015
- De Michele V., *La sentenza della Corte di appello di Torino sul rapporto di lavoro dei riders: il diritto Ue, questo sconosciuto*, in RGL, 2017, fasc. 2.
- Del Conte M., Razzolini O., *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in DLRI, 2018, 3.
- Dell'Olio M., *Orario giornaliero, settimanale, multiperiodale*, in ADL, 1998, fasc.2.
- De Stefano V., *Lavoro "su piattaforma" e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, ILO, 2017.
- Fenoglio A., *Il tempo nella new automation age*, in RIDL, 2018, fasc. 1.
- Ferrante V., *Subordinazione e autonomia: il gioco dell'oca*, in DRI, 2018, fasc. 4.
- Ferraresi M., *Disponibilità e reperibilità del lavoratore*, in RIDL, 2008, fasc. 1.
- Ferraro F., *Continuità e lavoro autonomo*, in Labor, *Il lavoro nel diritto*, 2020, fasc. 5.
- Ferraro G., *Il diritto del lavoro ha ancora bisogno della subordinazione? Rispondendo a LLI*, in LLI, 2020, vol. 6, n. 2.
- Freedland M. - Kountouris N., *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2011.
- Fredman S.- Du Toit D., *One Small Step Towards Decent Work: Uber v Aslam in the Court of Appeal*, in *Industrial Law Journal*, 2019, Vol. 48, n. 2.
- Gaeta L., *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?* in LLI, 2020, Vol. 6, n. 2.
- Gaeta L., *Lavoro a distanza e subordinazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.
- Ghera E., *Considerazioni sulle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2021, fasc. 3.
- Ichino P., *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, in RIDL, 2018, fasc. 2.
- Ichino P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro - vol. I. Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Giuffrè Editore, 1984.
- Kountouris N., *The Concept of 'Worker' in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope*, in *Industrial Law Journal*, 2018, Vol. 47, n. 2.
- Leccese V., *La disciplina dell'orario di lavoro nell'accordo integrativo aziendale Takeaway.com*, in LLI, 2021, Vol. 7, n. 1.
- Leccese V., *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in RGL, 2020, fasc. 3.
- Loi P., *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, in RGL, 2017, fasc. 2.
- Magnani M., *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in DRI, 2020, fasc. 1.
- Magnani M., *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 174/2013.

- Mazzotta O., *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor, Il lavoro nel diritto*, 2020, fasc. 1.
- Mazzotta, *Diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica, P. Zatti, Giuffrè, 2002. Mengoni L., *Il contratto individuale di lavoro*, in *DLRI*, 2000, fasc. 2.
- Mengoni L., *La questione della subordinazione i due trattazioni recenti*, in *RIDL*, 1986, 1.
- Merlino P.E., *Una figura innovativa di rapporto di lavoro: il contratto di lavoro intermittente*, in *RIDL*, 2007, fasc. 2.
- Novella M., *Il rider non è lavoratore subordinato ma è tutelato come se lo fosse*, in *LLI*, 2019, vo. 5, n. 1.
- Pacella G., *Il Tribunal Supremo spagnolo ci insegna qualcosa sul lavoro dei riders e anche sulla subordinazione del XXI secolo*, in *LLI*, 2020, Vol. 6, n. 2.
- Pacella G., *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy*, in *LLI*, 2020, vol.6, n. 1.
- Pacella G., *Il lavoro tramite piattaforma digitale nella giurisprudenza dei Paesi di civil law*, in *LLI*, 2019, Vol. 5, n. 1.
- Pallini M., *La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione!* in *LLI*, 2020, Vol. 6, n. 2, 2020.
- Pallini M., *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013.
- Pallini M., *Lavoro a progetto... ritorno al futuro?* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 32/2005*.
- Passarelli G.S., *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 411/2020*.
- Passarelli G.S., *Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, fasc. 2.
- Passarelli G.S., *Lavoro eteroorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 327/2017*.
- Pedrazzoli M., *Prestazioni d'opera e parasubordinazione (riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3, c.p.c.)*, in *RIDL*, 1984, fasc. 1.
- Persiani M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966.
- Perulli A., *La discriminazione algoritmica: brevi note a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, 2021, fasc. 1.
- Perulli A., *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come "orientarsi nel pensiero"*, in *DRI*, 2020, fasc. 2.
- Perulli A., *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 410/2020*.
- Perulli A., *I lavoratori delle piattaforme e le collaborazioni etero-organizzate dal committente: una nuova frontiera regolativa per la Gig economy?* in *Labor, Il lavoro nel diritto*, 2019, fasc. 3.
- Pietrogianni V., *L'importanza di chiamarsi lavoratori, ossia delle corti del Regno Unito alle (p)rese con il lavoro a chiamata sulle piattaforme*, in *LLI*, 2019, Vol. 5, n. 1.
- Pinto V., *La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 34/2005*
- Prassl J. - Aloisi A. - Kountouris N. - De Stefano V., *Eu Court of Justice's decision on employment status does not leave platforms off the hook, Regulation for Globalization*, in <http://regulatingforglobalization.com/2020/04/29/eu-court-of-justices-decision-on-employment-status-does-not-leave-platforms-offthehook/?doingwpcron=1588927033.5229249000549316406250>
- Preteroti A., *Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *LDE*, 2021, fasc. 3.
- Ricci G., *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, 2005.
- Spinelli C., *Ilo e orario di lavoro: istanze tradizionali e nuovi scenari*, in *Variazioni su Temi di diritto del lavoro*, 2019, fasc. 3.
- Spinelli C., *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari, 2018.
- Supiot A., *Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del tempo di lavoro)*, in *LD*, 1997, fasc. 1.
- Tullini P., *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?* in *LDE*, 2019, fasc. 1.
- Tullini P., *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora*, in *LDE*, 2018, fasc. 1.

- Tullini P., *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in A. Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018.
- Tursi A., *La disciplina del lavoro etero-organizzato: tra riqualificazione normativa del lavoro subordinato, tecnica rimediale, e nuovo paradigma di protezione sociale*, in *LDE*, /2020, fasc. 1.
- Verzaro M. (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Jovene, Napoli, 2018.
- Villalòn J.C., *Le trasformazioni delle relazioni industriali di fronte alla digitalizzazione dell'economia*, in *DLRI*, 2018, 158.
- Voza R., *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato o flessibile" (part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 37/2005.
- Zeppili V., *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?* in *RGL*, 2019, fasc.2.