

Numero 1 / 2021 (estratto)

**Paolo
Iervolino**

**Non è tanto chi sei, quanto quello che fai, che ti
qualifica (*rider* subordinato)**

Non è tanto chi sei, quanto quello che fai, che ti qualifica (*rider* subordinato)

Paolo Iervolino

Avvocato del foro di Roma

Dottorando di Ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Roma Tor Vergata

Sommario: 1. Premessa; 2. Oggetto dell'indagine; 3. I *riders pre* 2015; 4. I *riders post* 2015; 5. La libertà dei ciclofattorini; 6. Sotto la direzione; 7. Alle dipendenze; 8. Considerazioni finali sull'art. 2

1. Premessa

Difficilmente i '*padri fondatori*'¹ di questa materia avrebbero potuto pensare in passato che il futuro del diritto del lavoro sarebbe stata la *gig economy*, ma anche allora non avevano mai escluso che il lavoro e, soprattutto l'organizzazione del lavoro, avrebbe potuto cambiare nel corso del tempo.

Eppure quello che è stato chiarito in passato basterebbe sempre e comunque, a prescindere dai cambiamenti del mercato.

Per capire i tempi moderni è necessario allora ripartire dal passato, muovendo cioè da considerazioni che oggi vengono date per scontate, prima tra tutte, la natura contrattuale del rapporto di lavoro².

Da questa premessa, va infatti ricordato che quasi trent'anni or sono era stato già chiarito come il lavoro subordinato potesse esistere anche al di fuori dell'impresa³.

E quasi sessant'anni fa si era già affermato che il contratto di lavoro subordinato fosse 'creativo' dell'organizzazione dell'imprenditore⁴, per poi essere chiarito quasi vent'anni più

¹ Inutile dire che non è stato possibile citarli tutti.

² Su tutti, F. Santoro – Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, 1942.

³ Lo affermava già, trent'anni prima della *gig economy* e dello *smart working*, R. Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989, p. 44.

⁴ Così, cinquant'anni fa, M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, CEDAM, 1966 ed oggi, A. Aloisi e V. De Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Edizioni Laterza, 2020.

tardi che ne fosse ‘solo’ parte⁵ e ritornare anche nel *post-taylorismo* a considerarlo quale strumento attraverso cui l’imprenditore “si procaccia”⁶ il lavoro altrui.

Coerentemente a quest’ultima considerazione si collocava del resto, prim’ancora di tutti, ma su un piano diverso, quello processual-civilistico, il pensiero di Salvatore Satta⁷, secondo cui il ricorso d’urgenza poteva essere invocato per tutelare solo situazioni giuridiche finali, poiché da queste deriva un obbligo da parte di tutti consociati a non impedire il godimento (ovvero l’esercizio) del diritto, negando invece l’irreparabilità del pregiudizio di un diritto nascente da situazioni giuridiche strumentali, giacché i diritti di credito derivanti da un contratto sono sempre risarcibili in un successivo giudizio.

Di conseguenza, un rapporto obbligatorio come quello di lavoro non può essere suscettibile di tutela cautelare *ex art. 700 c.p.c.*, in quanto non vi sarebbe alcun danno derivante dall’inadempimento dell’obbligazione che non possa essere successivamente riparato.

Nonostante siano passati circa settant’anni da queste ultime affermazioni, si può dire che anche su un piano processualistico il diritto del lavoro non sia cambiato, se si pensa che i ricorsi aventi ad oggetto l’illegittimità del licenziamento (previa) e la riqualificazione del rapporto, *sistole* e *diastole* di questa materia, da cui muove (per l’appunto) il presente contributo, non celano mai (se non in astratto) un *periculum in mora* che giustifica un ricorso d’urgenza⁸.

Partendo dal superiore assunto, non può dunque che venisse confermata la natura del contratto di lavoro subordinato come un semplice contratto a prestazioni corrispettive tra lavoro e retribuzione.

Se così non fosse, non si capirebbe nemmeno perché, a distanza di un anno, i *riders* non abbiano dato vita ad un contenzioso seriale per l’applicazione della disciplina dei rapporti di lavoro subordinato: un cicofattorino non sente infatti il bisogno di fare ricorso alla giustizia per tutelare i propri diritti fin quando avrà la tangibile⁹ possibilità (anche solo

⁵ F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda*, F. Angeli, 1982.

⁶ È «un elemento negoziale dell’attività» secondo U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 101/2004.

⁷ S. Satta, *Limiti di applicazione dei provvedimenti di urgenza*, in *Foro it.*, 1953, c. 132.

⁸ Al punto che la Legge Fornero aveva *ad hoc* introdotto un rito sommario specifico sui licenziamenti, il Rito Fornero, per mezzo del quale poteva essere richiesto di dichiarare l’illegittimità del recesso ‘previa riqualificazione del rapporto’.

⁹ Tramite un semplice *login*.

potenziale, perché, come seguirà, *dipende* tutto *apparentemente* dalla sua volontà) di fare consegne.

Fin quando infatti un lavoratore è (nel senso che si sente) *alle dipendenze* di un imprenditore non sentirà il bisogno di far valere le proprie pretese creditizie per il timore reverenziale che ha nei suoi confronti: sentirà il bisogno di farle valere solo nel momento in cui verrà meno il rapporto. Tant'è vero che la prescrizione dei crediti da lavoro non decorre mai in costanza del rapporto, ma dal momento della sua cessazione¹⁰.

Del resto, se solo si riflettesse bene, ai *riders* di Torino sembrerebbe essere bastata “la vittoria di Pirro”¹¹ dell'applicazione dell'art. 2, D.lgs. n. 81/2015, limitatamente al riconoscimento delle tutele ‘soltanto’ economiche, altrimenti avrebbero proposto ricorso incidentale in Cassazione per ricomprendere nell'articolo anche le (ulteriori) tutele del licenziamento¹².

2. Oggetto dell'indagine

Forse non sarà il Manifesto della Poetica Nolaniana¹³, ma «*Non è tanto chi sei, quanto quello che fai, che ti qualifica*» rappresenta invece da sempre la quintessenza del diritto del lavoro, poiché ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto - a seconda delle modalità di svolgimento - sia di rapporto di lavoro subordinato che di lavoro autonomo¹⁴.

¹⁰ Ricorda questo aspetto, rilevando soprattutto la differenza con il settore pubblico in cui sopravvive la tutela reale dell'originario art. 18, A. Pileggi, *L'art. 18, oggi*, in LPO, n. 11/12, 2020.

¹¹ A. Pileggi, *La vittoria di Pirro dei Riders di Foodora*, in www.csdnroma.it, 4 febbraio 2019.

¹² O forse non era stata loro paventata la possibilità di optare per le quindici mensilità alternative alla reintegrazione. Fatto sta che quello è bastato loro.

¹³ Probabilmente i cinefili se ne saranno accorti, ma per chi non se ne fosse accorto è bene precisare che il titolo del presente contributo è una frase tratta dal film di Christopher Nolan “*Batman Begins*”.

¹⁴ *Ex multis* si veda Cass., 19 aprile 2010, n. 9251, in *Pluris CEDAM*; Cass. 11 novembre 1983, n. 6701, in *Mass. Giur. Lav.*, 1984, 50.

Con due gradi di giudizio che negavano la conversione del rapporto¹⁵, più uno che ne orientava¹⁶ normofilaticamente¹⁷ la natura autonoma a cui applicare per intero¹⁸ “*la disciplina del rapporto di lavoro subordinato*”¹⁹, il tema della qualificazione dei *riders* (e non) avrebbe finito col diventare nel corso del tempo una semplice operazione giurisprudenziale, eppure a distanza di un anno dalla sentenza del 24 gennaio 2020 n. 1663, le cose sembrerebbero essere andate diversamente, perché appunto, nel diritto del lavoro, è “*quello che fai, che ti qualifica*” e non viceversa.

Secondo la sentenza del 24 novembre 2020 n. 3570 del Tribunale di Palermo il *rider* è adesso *anche* subordinato²⁰.

I *riders* non possono tuttavia essere allo stesso tempo autonomi²¹ e subordinati, perché le modalità di esecuzione della prestazione dei ciclofattorini sono le medesime per ogni servizio di *delivery* e si declinano indistintamente per ciascun lavoratore: come direbbe la Suprema Corte, v'è sempre una fase *genetica* in cui viene firmato un contratto ed una fase *funzionale* in cui interviene un'*app*.

È allora forse il caso di meditare nuovamente sulla natura giuridica di tutti coloro “*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*”²².

Apparirebbe infatti anacronistico (e forse semplicistico) collegare – limitatamente a questa categoria di lavoratori ed in generale a quelli che lavorano tramite *app* – alla sola capacità

¹⁵ Nel primo grado, Tribunale di Torino 7 maggio 2018 n. 778, come risaputo, non è stata nemmeno riconosciuta l'applicazione dell'art. 2, D.lgs. n. 81/2015, si vedano a tal proposito i motivi riassunti in P. Tosi, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, 2015, n.6, p.1117 e ss. Nel secondo grado, Corte d'Appello di Torino 4 febbraio 2019 n. 26, invece, pur negando la natura subordinata, ha trovato per la prima volta applicazione l'art. 2, D.lgs. n. 81/2015, si vedano a tal proposito i motivi riassunti, per tutti, in A. Perulli, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in Perulli A, Fiorillo L. (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Torino, 2015, 290.

¹⁶ Senza escludere però che i *riders* possano essere lavoratori subordinati.

¹⁷ Fa notare M. Biasi, *Tra fattispecie ed effetti: il “purposive approach” della Cassazione nel caso Foodora*, in *LDE*, n.1, 2020 che la Suprema Corte fa proprio il *purposive approach* di G. Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, in *Oxford University Press*, 2016;

¹⁸ A differenza della Corte d'Appello che escludeva apoditticamente la disciplina dei licenziamenti. Vedi A. Pileggi, *La vittoria di Pirro dei Riders di Foodora*, *op.cit.*; F. Scarpelli., *L'appello torinese su Foodora: si apre la discussione sulle regole applicabili (e non tutto convince)*, in *Linkedin*, 6 febbraio 2019;

¹⁹ Si vedano, per tutti, le uscite speciali del 2020 del *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* e di *Lavoro Diritti Europa* dedicati interamente alla Cassazione n. 1663/2020.

²⁰ Per una esaustiva analisi della decisione si veda G. Cavallini, *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, in *Giustiziacivile.com*, 21 dicembre 2020.

²¹ Nel senso che non può essergli prima negata la subordinazione.

²² Art. 47-bis, co. 1, D.lgs. n. 81/2015.

probatoria²³ delle parti la riqualificazione del rapporto. Si pensi infatti che, a tal proposito, il Tribunale di Palermo ha dichiarato la natura subordinata del *rider* sulla base di un'istruttoria esclusivamente documentale²⁴. E del resto a cosa servirebbe la prova testimoniale²⁵ per una prestazione che prescinde da interazioni personali e viene esclusivamente svolta tramite l'utilizzo di piattaforme digitali?

Si rinnova così, ancora una volta, l'imperante tematica che contrappone la validità ed efficacia delle tradizionali categorie qualificatorie dei rapporti di lavoro alla tendenza espansiva delle tutele giuslavoristiche²⁶.

Bisogna infatti tenere debitamente conto della nuova tendenza del diritto del lavoro di andare "oltre la subordinazione"²⁷ quale parte del "Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile"²⁸ al fine di tutelare (tra gli altri) *anche* i ciclofattorini che svolgono la prestazione di lavoro ai sensi dell'art. 2222 c.c e soprattutto dell'art. 409, n.3, c.p.c., cosicché ai fini tutelari di questi ultimi «Basterà allora anche solo nel *petitum* "puntare alla subordinazione. Mal che vada, si è comunque etero-organizzati"²⁹.

In altre parole, le tutele dei *riders* dovrebbero comunque prescindere da un approccio di tipo qualificatorio³⁰ perché le loro problematiche sarebbero state già superate per mezzo di un

²³ Pag. 9 del Tribunale di Torino, 7 maggio 2018 n. 778, «Ritiene il giudice che le circostanze sopra indicate non abbiano trovato conferma nelle risultanze processuali...»; *ibidem*, pag. 12 «Questa affermazione non ha trovato riscontro nelle risultanze processuali»

²⁴ Sia chiaro che nell'ottica di chi scrive non è cosa da poco presentare una documentazione come quella del ricorrente nella causa di Palermo, anzi la speranza è che questa capacità sia da monito per futuri ricorsi (anche) dei ciclofattorini. Ma per i motivi che seguiranno, nel caso dei ciclofattorini, ciò che è necessario provare è la continuità della messa a disposizione.

²⁵ Istruttoria chiave nelle cause di riqualificazione dei rapporti di lavoro.

²⁶ Che secondo R. De Luca Tamajo, *La sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in *LDE*, n.1, 2019 si presenta "ogni volta che taluno dei fattori di produzione o il loro mix si presenta, come nel caso in esame, con caratteristiche innovative o alterate".

²⁷ Ricordando anche il nome del convegno del 24 gennaio 2020 (data in cui è peraltro uscita la menzionata Corte di Cassazione n. 1663/2020) organizzato da A. Perulli, ed il suo intervento A. Perulli, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 410/2020*, nonché *amplius*, più di recente, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2020.

²⁸ B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto per un Diritto del lavoro sostenibile*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 20 maggio 2020, da p. 20 a 25.

²⁹ Poiché secondo la Corte d'Appello di Torino nel più dell'etero-direzione è ricompreso il meno dell'etero-organizzazione, il Tribunale di Roma, con sentenza del 19 novembre 2019 n. n. 10269, ha riconosciuto l'applicazione d'ufficio dell'art. 2, D.lgs. n. 81/2015 (in una causa non avente ad oggetto un *rider*). Sia consentita la citazione, 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.?*, in *MGL*, n.1, 2020, nel quale viene fatto un parallelismo tra la vicenda e la frase di Alek Wek secondo cui "Bisogna sempre puntare alla luna. Mal che vada, si è comunque arrivati in mezzo alle stelle", dove la luna sta per l'art. 2094 c.c. e le stelle per l'art. 2.

³⁰ Che sembrerebbe essere prediletto dalla giurisprudenza, visto lo scarso utilizzo dell'art. 2, da ultimo anche nei confronti del caso di scuola dei *riders*.

approccio rimediale³¹: come a dirsi che “Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse”³² ovvero, più esplicitamente, che “*non ha decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione, così connotate e di volta in volta offerte dalla realtà economica in rapida e costante evoluzione, siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, disegnando una norma di disciplina*”³³.

In quest'ottica, infatti, la Legge n. 128/2019 da un lato, ha specificato in un nuovo periodo che le disposizioni di cui all'art. 2, comma 1, D.lgs. n. 81/2015³⁴, “*si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali*” e dall'altro, ha inserito un nuovo *Capo V-bis*, genericamente rubricato “*Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali*”, per introdurre “*livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui... attraverso piattaforme anche digitali*”³⁵, considerando, ai fini del suo ambito applicativo, “*piattaforme digitali i programmi e le procedure informatiche delle imprese che...organizzano le attività di consegna di beni, fissandone il prezzo e determinando le modalità di esecuzione della prestazione*”³⁶.

Secondo anche lo stesso legislatore, dunque, il rider che consegna merci tramite piattaforme digitali è una categoria di lavoratore sempre meritevole di tutela, a prescindere dal carattere occasionale (*Capo V-bis*) ovvero continuativo della prestazione (art. 2).

Un volta analizzata la natura giuridica dei ciclofattorini, sarà pertanto consequenzialmente necessario soppesare l'art. 2, D.lgs. n. 81/2015, quale strumento effettivamente più antielusivo³⁷ del precedente, cercando di capire soprattutto perché i giudici sembrano comunque continuare a preferire un approccio di tipo qualificatorio, a discapito di quello

³¹ Al netto del punto 41, Cass., 24 gennaio 2020 n. 1663: «*in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile.*»

³² M. Novella, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in *LLI*, vol. 5, no.1, 2019.

³³ Punto 25, Cass., 24 gennaio 2020 n. 1663.

³⁴ Sarebbe impossibile riportare in questa sede le ricostruzioni della fattispecie, motivo per cui si rimanda alla chiara ricostruzione di M. Biasi, *Dai pony express ai riders di Foodora. L'attualità del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all'affannosa ricerca di inedite categorie.*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018.

³⁵ Art. 47-bis, co. 1, D.lgs. n. 81/2015.

³⁶ Art. 47-bis, co. 2, D.lgs. n. 81/2015.

³⁷ Punto n. 23, Cass., 24 gennaio 2020 n. 1663.

rimediale auspicato in questi anni dalla dottrina³⁸ e dalla menzionata sentenza della Suprema Corte.

3. I riders pre 2015

Prima dell'etero-organizzazione, era il contratto a progetto a portare avanti la lotta contro l'elusione della disciplina del lavoro subordinato³⁹, ai sensi dell'art. 61, D.lgs. n. 276/2003, secondo cui ogni co.co.co. doveva essere ricondotto ad un progetto specifico, pena la riqualificazione del rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 69 del medesimo decreto.

La Legge del 28 giugno 2012, n. 92 aveva poi specificato che il progetto non poteva però consistere nella mera riproposizione dell'oggetto sociale del committente, e dunque le prestazioni a carico del lavoratore non potevano essere coincidenti con l'ordinaria attività aziendale⁴⁰, né “*comportare lo svolgimento di compiti meramente esecutivi o ripetitivi*”.

Prima del 2015, pertanto, la riqualificazione del rapporto poteva avvenire percorrendo due distinte *cause petendi*, ex art. 69, D.lgs. n. 276/2003 ed ex art. 2094 c.c.

Senza entrare nel merito della seconda via prospettata, che sarà analizzata nei prossimi paragrafi, in passato il rider avrebbe dovuto essere ricondotto ad un progetto, che sarebbe stato diretta riproposizione del *core business* delle aziende di *delivery*⁴¹, nonché finalizzato allo svolgimento di compiti meramente esecutivi e ripetitivi.

Il cicofattorino avrebbe così beneficiato di una piena riqualificazione del rapporto di lavoro⁴² ai sensi (e soprattutto ai tempi) dell'art. 69, D.lgs. n. 276/2003.

³⁸ *Ex plurimis* A. Perulli, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, op.cit.; R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2015; R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 282/2015*, p. 14 e s.; U. Carabelli, *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in *I seminari della consulta giuridica CGIL. Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, U.Carabelli-L. Fassina, (a cura di) 2018, 1, 41 ss.; C. Spinelli, *La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei fattorini tra autonomia e subordinazione*, in *Rivista Giuridica di Diritto del Lavoro*, 2018, II, 371 ss.

³⁹ Su tutti, riguardo la fattispecie, si veda R. De Luca Tamajo, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro “a progetto”*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 9/2003*.

⁴⁰ Tra le prime pronunce Cass., 6 settembre 2016, n. 17636, in *Pluris CEDAM*.

⁴¹ P. 21, Tribunale di Palermo, 24 novembre 2020 n. 3570: «...la convenuta ha dichiarato come oggetto sociale l'oggetto sociale è «lo sviluppo di una piattaforma software online e di applicazioni mobile per smartphone che interagiscono tra loro per mettere in relazione tra loro esercizi commerciali, i potenziali clienti ed i fornitori di trasporti a domicilio; la fornitura di servizi per il tramite della piattaforma a favore di esercizi commerciali e dei fornitori di trasporto, finalizzati a metterli in relazione con i potenziali clienti, che per il tramite della piattaforma possono inviare ordini direttamente agli esercizi commerciali ed ai fornitori di servizi di trasporto; la fornitura mediante utilizzo della piattaforma software realizzata di campagne di marketing, pubblicitarie, anche non convenzionali, in prevalenza a beneficio degli esercizi commerciali e dei fornitori di trasporti di cibo a domicilio»...».

⁴² Lo affermava in tempi non sospetti A. Pileggi, *La vittoria di Pirro dei Riders di Foodora*, in www.csdnroma.it, 2019, ma è stato di recente confermato anche dalla Cass., 28 ottobre 2020, n. 23768, in *Pluris CEDAM*.

La fattispecie oramai è superata, ma nulla esclude che i principi possano essere utilizzabili anche oggi, specialmente se si pensa che proprio la Legge Fornero aveva anche predisposto un meccanismo di presunzione per contrastare il fenomeno delle false partite IVA⁴³, presumendo collaboratori a progetto, e in assenza dei requisiti, lavoratori subordinati, quelle collaborazioni che presentassero due delle seguenti condizioni *ex art. 69-bis*: «1. La collaborazione con il medesimo committente abbia una durata complessiva superiore ad otto mesi annui per due anni consecutivi; 2. Il corrispettivo derivante da tale collaborazione costituisca più dell'80% dei corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco di due anni consecutivi; 3. Il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente.»

4. I *riders post* 2015

Nel noto contenzioso di Torino *post Jobs Act*, la figura del *rider post* è stata (quasi del tutto) pacificamente assimilata a quella del *pony express*⁴⁴, avendo entrambi la possibilità di decidere se obbligarsi o meno alla prestazione.

La natura autonoma del rapporto di lavoro dei ciclofattorini deriverebbe pertanto dalla non obbligatorietà della prestazione⁴⁵: «la linea di confine tra autonomia e subordinazione è stata individuata soprattutto nell'effettivo grado di libertà del rider di determinare autonomamente, l'an, il quando e il quantum della prestazione»⁴⁶.

Una volta obbligato alla consegna delle merci, tuttavia, secondo la Corte di Cassazione, il committente inizierebbe ad esercitare un potere organizzativo idoneo ricondurre la

⁴³ Il contratto che sembrerebbe andare per la maggiore di questi tempi con i ciclofattorini sembrerebbe essere l'art. 2222 c.c., forse proprio per evitare i problemi derivanti dalla continuità.

⁴⁴ P. Ichino, *Sulla questione dei fattorini di Foodora*, in www.pietroichino.it, 20 ottobre 2016, che parla di «questione pressoché identica».

⁴⁵ Pag. 7 del Tribunale di Torino, 7 maggio 2018, n. 778: «Questa caratteristica del rapporto di lavoro intercorso tra le parti può essere considerata di per sé determinante ai fini di escludere la sottoposizione dei ricorrenti al potere direttivo ed organizzativo del datore di lavoro perché 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»; Pag. 14 della Corte d'Appello di Torino, 4 febbraio 2019, n. 26: «Quello che però rileva, per escludere la sussistenza della subordinazione, è la circostanza che gli appellanti erano liberi di dare, o no, la propria disponibilità per i vari turni (slot) offerti dalla azienda.»

⁴⁶ Così riassume, nel suo esaustivo commento, G. Cavallini, *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione, op.cit.*, che fa anzi notare come questa circostanza sia stata meglio esemplificata dal «Tribunale Milano, 10 settembre 2018, n. 1853, secondo cui non sussiste la subordinazione (né l'etero-organizzazione) in quanto «la scelta fondamentale in ordine ai tempi di lavoro e di riposo era rimessa all'autonomia del ricorrente, che la esercitava nel momento in cui manifestava la propria disponibilità a lavorare in determinati giorni e orari e non in altri.»

collaborazione nell'alveo dell'art. 2, D.lgs. n. 81/2015, applicando – senza riqualificare⁴⁷ – l'intera disciplina del rapporto di lavoro subordinato⁴⁸.

Bisognerebbe dunque distinguere la fase *genetica* dalla fase *funzionale*, senza però che quest'ultima possa incidere del tutto sulla qualificazione del rapporto, essendo determinante ai fini dell'esclusione della subordinazione solo la prima.

Una libertà che in verità sarebbe del tutto apparente secondo quanto invece affermato dal Tribunale di Palermo⁴⁹, essendo comunque prestazione influenzata dalla continuità nella disponibilità dei ciclofattorini: più ti obblighi alla consegna, più potrai consegnare, meno ti obblighi, meno potrai farlo.

Il che sarebbe secondo il giudice palermitano di per sé sufficiente a confutare le motivazioni di Torino (e di Milano) nella parti in cui escludevano radicalmente la subordinazione dei ciclofattorini.

Il Tribunale di Palermo parte in verità da un *potpourri* di approcci metodologici – subordinazione, attenuata e non, e doppia alienità – per poi imputare la causa della riqualificazione del rapporto al solo sistema algoritmico premiante⁵⁰, come se la libertà *apparente* fosse determinante ai fini qualificatori della prestazione. In verità però, anche se solo implicitamente, il ragionamento del giudice è perfettamente coerente con la giurisprudenza di questi anni in merito alla subordinazione attenuata.

La libertà *apparente* può infatti rilevare tutt'al più quale effetto⁵¹ – nella variante cioè di *spia*⁵² ovvero di *indice*, se si preferisce – e non come causa della subordinazione⁵³.

⁴⁷ Chiarisce questo aspetto, dopo aver concordato con l'interpretazione costituzionalmente orientata di Perulli, R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, op.cit.

⁴⁸ Punti 33 e 52, Cass., 24 gennaio 2020 n. 1663: «Tali differenze illustrano un regime di autonomia ben diverso, significativamente ridotto nella fattispecie del D.Lgs. n. 81 del 2015, art. 2: integro nella fase genetica dell'accordo (per la rilevata facoltà del lavoratore ad obbligarsi o meno alla prestazione), ma non nella fase funzionale, di esecuzione del rapporto, relativamente alle modalità di prestazione, determinate in modo sostanziale da una piattaforma multimediale e da un applicativo per smartphone.» e «Gli elementi posti in rilievo dalla ricorrente, se confermano l'autonomia del lavoratore nella fase genetica del rapporto, per la rilevata mera facoltà dello stesso ad obbligarsi alla prestazione, non valgono a revocare in dubbio il requisito della etero-organizzazione nella fase funzionale di esecuzione del rapporto, determinante per la sua riconduzione alla fattispecie astratta di cui al D.Lgs. n. 81 del 2015, art. 2, comma 1.»

⁴⁹ Coerentemente alla Corte di Giustizia, 22 aprile 2020, C- 692/19, già applicata dal Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia núm. 805/2020.

⁵⁰ Così sembrerebbe aver notato anche A. Perulli, *La piattaforma ha potere direttivo? In soffitta le collaborazioni organizzate*, in *Quotidiano del Lavoro*, 10 dicembre 2020.

⁵¹ Nel senso che è descrittiva della caratteristica generale del tipo normativo, come diceva, in riferimento alla dipendenza, U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, op.cit.;

⁵² G. Pera, *Diritto del Lavoro*, Milano, 1990, p. 108, chiama “*spie*” gli indici sussidiari della subordinazione.

⁵³ Ma questa affermazione verrà meglio specificata più avanti.

Ma se non avesse considerato la libertà del cicofattorino *apparente*, avrebbe comunque riqualificato il rapporto?

E se nel futuro prossimo un giudice aderisse ad autorevole dottrina considerando “paradossale che qui un meccanismo che spersonalizza la selezione del rider venga visto come veicolo di sopraffazione della sua libertà sol perché strumentale all’obiettivo aziendale, assai ragionevole, dell’efficacia del servizio”⁵⁴?

Secondo lo scrivente, è allora necessario convertire il rapporto di lavoro dei *riders* movendo da *iter* argomentativi differenti (anche dal Tribunale di Palermo) onde evitare di incorrere in ulteriori corto circuiti qualificatori.

5. La libertà dei cicofattorini

Nell’ottica di chi scrive, infatti, la riqualificazione del cicofattorino prescinderebbe dalla libertà o meno di obbligarci dalla prestazione.

Ove si volesse però per assurdo escludere la subordinazione dei cicofattorini in ragione della genetica facoltà di obbligarci, sarebbe comunque necessario partire da diversi approcci metodologici.

Se si vuole, da un approccio di tipo social-giuslavoristico.

La fase prodromica avrebbe dovuto essere vagliata dai giudici non sulla base del tempo della giornata, ma dal clima dell’epoca.

In altre parole, nel contenzioso torinese non avrebbero dovuto troppo frettolosamente sovrapporre la giurisprudenza dei *pony express* a quella dei *riders*: 1) perché siamo in un Paese di *Civil Law* ed i giudici non sono vincolati dai precedenti giudiziari⁵⁵; 2) perché, se anche paradossalmente fosse vigente nel nostro ordinamento il principio dello *stare decisis*, i giudici

⁵⁴ P. Tosi, *Riders: qualificazione del rapporto e rappresentanza sindacale*, in *Guida al Lavoro / Il Sole 24 Ore*, Numero 48/ 4 dicembre 2020, p. 13.

⁵⁵ Si potrebbe in quel caso fare anche affidamento ai precedenti giurisprudenziali delle agenzie ippiche, così come rilevato da M. Barbieri, *Della subordinazione dei cicofattorini*, in *LLI*, vol. 5, no. 2, 2019, ma autorevole (tanto quanto la precedente) dottrina ha già provveduto a svalutare quella giurisprudenza, Perulli, *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, *op.cit.*: «la postura ricostruttiva dell’obbligazione di lavoro prospettata dalla Suprema Corte nel caso delle agenzie ippiche non convince, nella misura in cui trascura inspiegabilmente la circostanza per cui non solo le concrete (materiali) modalità di svolgimento della prestazione rilevano ai fini della qualificazione del rapporto, ma rileva (massimamente) anche l’obbligazione di lavorare, la quale, a seguito dalla stipula del contratto di lavoro subordinato, rappresenta l’antecedente logico-giuridico per l’estrinsecazione del potere direttivo da parte del datore.» Motivo per cui lo scrivente ha preferito non tornare proprio sul punto.

non potrebbero comunque ignorare i cambiamenti culturali e normativi avvenuti dopo gli anni 90'.

La giurisprudenza⁵⁶ su cui il Tribunale di Torino ha fondato l'esclusione della subordinazione dei ciclofattorini è infatti perfettamente coerente con il clima dell'epoca in cui furono emesse, ma stridono con una realtà che considera da quasi vent'anni lavoro⁵⁷ subordinato un contratto con il quale il lavoratore si mette a disposizione di un datore di lavoro per lo svolgimento di prestazioni lavorative discontinue o, appunto, *intermittenti*⁵⁸ anche senza obbligo di accettazione.

Altrimenti, se si vuole, (e nel più è sempre ricompreso il meno) si potrebbe partire da un approccio di tipo civilistico.

Se è vero, come è vero, che è lavoratore subordinato chi *si obbliga* mediante retribuzione allo svolgimento della prestazione lavorativa, ciò che rileva ai fini qualificatori dei *riders* non è la fase genetica, ma quella funzionale, nel momento cioè in cui il ciclofattorino *decide di obbligarsi* alla consegna, poiché è in quel momento che viene a realizzarsi l'interesse della piattaforma rispetto tanto alle modalità di svolgimento della prestazione, quanto al risultato dalla stessa atteso⁵⁹.

È infatti lavoratore subordinato *chi si obbliga* e non *chi viene obbligato*.

Il contratto *fisicamente* firmato con la piattaforma non è fin da subito produttivo di effetti obbligatori per ambo le parti, ma è solo potenzialmente idoneo a produrre quegli effetti, che si avranno esclusivamente quando il lavoratore deciderà di *loggarsi*, ben cosciente che in quel momento andrà a soddisfare l'interesse tanto al 'coordinamento'⁶⁰ quanto al risultato⁶¹ richiesto dalla piattaforma. E ciò prescinde anche dal fatto che poi nel concreto il lavoratore possa effettivamente ricevere – sulla base del sistema algoritmico premiante – un ordine, perché nel caso dei *riders* la continuità della prestazione deve essere vagliata non alla luce

⁵⁶ Cass., 10 luglio 1991, n. 7608 e Cass., sentenza del 25 gennaio 1993, n. 811.

⁵⁷ Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276

⁵⁸ D.lgs. n. 81/2015, art. 13 e ss.

⁵⁹ Secondo M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione, op.cit.*, p. 135, l'oggetto dell'obbligazione ricomprende tanto il comportamento dovuto quanto il risultato atteso, nel senso che il comportamento solutorio del debitore è necessario e sufficiente a soddisfare l'interesse del creditore, proprio in quanto produttivo del risultato atteso. Ma questa affermazione verrà meglio spiegata nel prosieguo. Questa affermazione verrà meglio specificata nella nota 93.

⁶⁰ In questi termini M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione, CEDAM, 1966*, nel rilevare quale risultato tipico atteso dal creditore.

⁶¹ F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda, op.cit.*, risultato da intendersi in senso giuridico quale «frammento dell'organizzazione che vive nel comportamento del lavoratore».

del consegne rese, ma della messa a disposizione delle proprie risorse alle esigenze (anche solo potenziali) della piattaforma⁶², capitando spesso che il numero dei ciclofattorini disponibili sia maggiore degli ordini.

Partendo dal superiore assunto, tra piattaforme e ciclofattorini viene invero stipulato un contratto condizionato, in cui la condizione non incide però sulla conclusione del contratto e, conseguentemente, sull'esistenza dell'obbligazione, ma solo sull'efficacia del primo e, conseguentemente, sull'esigibilità della prestazione dovuta.

La condizione menzionata ha carattere potestativo, ma non meramente potestativo, poiché l'evento dedotto in condizione è collegato a valutazioni di interesse e di convenienza del ciclofattorino, ma è altresì idonea a soddisfare anche l'interesse proprio della piattaforma, senza che però rilevi come la relativa valutazione sia rimessa all'esclusivo apprezzamento dell'interessato⁶³.

Ne consegue che la fattispecie giuridica esiste, ma non produce effetti al momento genetico del rapporto, rendendo irrilevante ai fini qualificatori del rapporto la facoltà di obbligarsi dei ciclofattorini, poiché è la fase funzionale a qualificare la prestazione di lavoro nella sua interezza, non viceversa⁶⁴.

Cosicché può essere subordinato anche il *rider* che *si logga mediante* (potenziale) *retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro manuale purché* (e soprattutto se) *alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*.

Ciò posto, sarà allora necessario porre sotto la lente di ingrandimento entrambi i profili (“*alle dipendenze e sotto la direzione*”), partendo però per motivi argomentativi dal primo, perché “ai fini qualificativi della prestazione/collaborazione (ex art. 2094 c.c.), quel che conterà sarà che l'obbligazione di lavorare sia adempiuta ‘sotto la direzione’ del datore di lavoro; ove questo requisito sussista il lavoratore potrà essere considerato ‘subordinato’ e pertanto

⁶² In questo senso, ma relativamente al sistema retributivo, sembrerebbe muovere anche U. Carabelli, *Brevi note sulla nuova disciplina del lavoro non subordinato tramite piattaforma anche digitale*, in www.cgil.it, 2 ottobre 2019: «Anche se, a questo riguardo, occorrerebbe prevedere che, nel caso in cui il lavoratore abbia dato la propria disponibilità, accettata dalla piattaforma, ma non abbia poi ricevuto nessuna richiesta di prestazione da parte di essa, la quota di compenso orario dovrebbe essere sempre corrisposta, prevalendo, infatti, in questo caso il rischio di impresa (si sconta, ovviamente la correttezza del funzionamento ‘dell’automatismo dell’algoritmo’, che il sindacato ritiene debba essere garantito attraverso un controllo ‘democratico’ sia in fase di progettazione sia in fase di funzionamento).»

⁶³ *Ex multis* Cass., Sez. Civ. sentenza 20 novembre 2019, n. 30143, in *Pluris CEDAM*.

⁶⁴ Criticando l'approccio rimediabile a discapito di quello qualificato della Sentenza n. 1663/2020 della Corte di Cassazione, in questi termini anche L. Foglia, *L'etero-organizzazione tra approccio rimediabile e qualificatorio. La Corte di Cassazione resta al bivio*, in *MGL*, n.2, 2020

‘alle dipendenze’ del datore di lavoro, gravando su di lui anche la soggezione agli altri poteri legali”⁶⁵.

6. Sotto la direzione

Una volta superati i problemi derivanti dalla genetica libertà dei ciclofattorini, è necessario partire dai principi correttamente menzionati, ma mai effettivamente declinati dal Tribunale di Palermo, per vedere se effettivamente il *rider* sia *sotto la direzione dell'imprenditore*.

È infatti lavoratore subordinato chi svolge la prestazione sotto la *direzione* del datore di lavoro, posto che però non è sempre necessario, ai fini dello svolgimento della prestazione, l'esercizio di un potere direttivo⁶⁶ capillare e continuo.

La subordinazione è piena se è l'etero-direzione è perfettamente tangibile, ma quando il potere direttivo non viene esercitato mediante ordini ed istruzioni precise, vuoi perché la prestazione richiesta è altamente professionale⁶⁷, vuoi perché si tratta di lavoratori apicali⁶⁸, vuoi perché si tratta di compiti meramente esecutivi e ripetitivi⁶⁹, la subordinazione può essere anche attenuata⁷⁰.

Posto che nel caso dei ciclofattorini, pur essendo le consegne di cibo compiti meramente esecutivi e ripetitivi, l'esercizio del potere direttivo è comunque tangibile⁷¹, ma è (stato

⁶⁵ U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, op.cit., secondo il quale “la prima espressione (‘alle dipendenze’) assolve ad una funzione meramente descrittiva della caratteristica generale del tipo normativo, costituita appunto dalla soggezione del lavoratore ai poteri del datore di lavoro nell’ambito del rapporto di lavoro” e «La seconda espressione (‘sotto la direzione’), invece, assolve alla funzione definitoria del necessario ed essenziale modo di essere di tale soggezione in relazione all’adempimento dell’obbligazione di effettuare prestazione lavorativa (e quindi, appunto, qualificatoria di quest’ultima dal punto di vista strutturale), attraverso l’enunciazione del potere direttivo».

⁶⁶ L’elemento caratterizzante la subordinazione secondo M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, op.cit., p. 194; R. Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, op.cit., p. 73.

⁶⁷ Cass. 25 maggio 2004 n. 10043, in *Giustizia civile Massimario*, 2004, p.5.

⁶⁸ Come i dirigenti che sono pacificamente lavoratori subordinati ai sensi dell’art. 2095 c.c. ed è stato recentemente avvalorato da R. Galardi, *Il dirigente d’azienda. Figure sociali, fattispecie e disciplina*, Giappichelli, 2020.

⁶⁹ Riecheggia qui il contratto a progetto.

⁷⁰ L’autonomia in merito all’esecuzione dell’attività lavorativa non esclude la subordinazione. Su tutti, si veda a tal proposito G. Ferraro, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 79/1998, p. 429 e ss.

⁷¹ Pag. 4 e ss, Tribunale di Palermo, sentenza 24 novembre 2020 n. 3570: «Tutti i rider della convenuta al fine di svolgere la propria attività, devono infatti, previa registrazione nella piattaforma, installare sul proprio smartphone un software (id est una c.d. “app”) (doc. 02) fornito dalla società (la cd “app Glover”) che genera un profilo personalizzato tramite il quale accedono alla piattaforma digitale», «L’applicativo che il rider deve installare è particolarmente invasivo in quanto controlla a distanza la sua geolocalizzazione e persino il livello di carica della batteria dello smartphone inibendo l’accesso alla sessione di lavoro in caso di carica inferiore al 20% ovvero di geolocalizzazione del lavoratore al di fuori dell’area di lavoro», «La società, pertanto, fornisce al rider in occasione della costituzione del rapporto un porta smartphone da collocare sul manubrio le cui caratteristiche tecniche consentono di averlo “sempre in vista” e di poterlo utilizzare “senza doverlo estrarre” come consigliato dalla stessa società (cfr infra doc 5). In caso di richiesta di sostituzione per smarrimento, furto

anche legittimamente) fuorviato dalla distinzione fra fase *genetica* e fase *funzionale* del rapporto (perché non è continuativo), sarà comunque necessario fare un ulteriore passo verso la subordinazione, dando per scontato che per i ciclofattorini possa essere solo in forma attenuata.

Nella subordinazione attenuata, ai fini qualificatori del rapporto, l'assenza dell'analitico potere direttivo deve essere controbilanciata da "una serie di indici sulla cui variabile combinazione, in relazione alle peculiarità dei casi concreti" la giurisprudenza "è andata fondando l'accertamento, in positivo o in negativo, dell'assoggettamento del lavoratore all'esercizio dell'altrui potere"⁷².

Si è dunque cercato in questi anni di risalire alla *etero-direzione* attraverso un ragionamento abduittivo in cui la premessa maggiore è certa mentre quella minore è solamente probabile, partendo cioè dagli effetti/indici per poi raggiungere la causa. Gli americani direbbero «*If it looks like a duck, swims like a duck, and quacks like a duck, then it probably is a duck.*», mentre in Italia «*Se sembra un lavoratore subordinato, è 'alle dipendenze' come un lavoratore subordinato ed è sottoposto ai poteri che derivano dal contratto di lavoro subordinato, allora probabilmente è un lavoratore subordinato.*»

Ma per fugare i problemi derivanti da quel '*probabilmente*'⁷³ si è cercato nel 2015 di introdurre una norma *scivolo*⁷⁴ verso la subordinazione da cui far derivare l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, senza convertire il rapporto, cristallizzando alcuni degli indici menzionati all'interno di una disposizione.

o deterioramento il rider è tenuto ad utilizzare moduli predisposti dalla convenuta (cfr infra doc. 5)», «La società, inoltre, in occasione dell'avvio del rapporto contrattuale, consegna una borsa termica con il logo dell'azienda, un power bank (ovverosia una batteria esterna di ricarica del cellulare) (cfr infra doc. 5) e un manuale comportamentale che indica le istruzioni da seguire puntualmente per ogni fase dell'esecuzione della prestazione (doc. 07)». Da leggere in combinato disposto con Tribunale di Torino 7 maggio 2018 n. 778 p. 6 e ss: « il lavoratore doveva recarsi all'orario di inizio del turno in una delle tre zone di partenza predefinite (Piazza Vittorio Veneto, Piazza Carlo Felice o Piazza Bernini)»; «Accettato l'ordine, il rider doveva recarsi con la propria bicicletta al ristorante, prendere in consegna i prodotti, controllarne la corrispondenza con l'ordine e comunicare tramite l'apposito comando della app il buon esito della verifica. A questo punto, posizionato il cibo nel box, il rider doveva provvedere a consegnarlo al cliente...; doveva quindi confermare di avere regolarmente effettuato la consegna.»

⁷² P. Tosi, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel "decreto crisi*, in *Guida del lavoro*, n. 47.

⁷³ Perché comunque il diritto è una scienza umana e quindi imperfetta come gli uomini che sono tenuti ad applicarla, i giudici, per l'appunto.

⁷⁴ R. Del Punta, *Diritto del lavoro, op.cit.*, p. 371 il quale considera che l'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015 sia una norma di disciplina poiché "dall'esterno, l'etero-organizzazione svolge una funzione di ulteriore supporto all'identificazione della fattispecie (lavoro subordinato), operando una sorta di "scivolo" che riconduce all'ambito effettuale della stessa le forme contrattuali di confine".

Uno degli indici sussidiari⁷⁵ della subordinazione, rivelatore della *dipendenza*⁷⁶ – considerato dalla dottrina anche quale potere connaturato al direttivo⁷⁷ – è infatti positivizzato dall’art. 2, D.lgs. n. 81/2015, nell’etero-organizzazione⁷⁸, che presuppone l’inserimento del lavoratore all’interno dell’organizzazione del committente, senza la quale non potrebbe operare sul mercato. Come preliminarmente analizzato dal Tribunale di Palermo, le piattaforme svolgono a tutti gli effetti attività d’impresa, non una mera intermediazione tra domanda ed offerta, motivo per cui la prestazione dei ciclofattorini non è auto-organizzata – «*La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l’attività lavorativa*» – ma è etero-organizzata da un committente che ha come oggetto sociale proprio la consegna di cibo. La prestazione dei ciclofattorini si identifica completamente con l’ordinaria attività delle piattaforme⁷⁹, tant’è vero che nessuno se la prenderebbe con il *rider* per la qualità del servizio. Certo, in quest’ultimo caso i clienti darebbero un voto basso alla persona che ha fatto la consegna, ma la responsabilità sarebbe comunque del tutto imputabile al *delivery*⁸⁰, il quale poi – sulla base di quella valutazione – eserciterebbe il proprio potere disciplinare, di cui però si parlerà nel prossimo paragrafo.

Da quanto sopra emerso non si può allora che concordare anche con la considerazione della subordinazione dei ciclofattorini in aderenza alla teoria⁸¹ “*doppia alienità*”⁸², richiamata dal Tribunale di Palermo, senza però essere realmente calata all’interno del caso di specie: se il *rider* lavora in nome e per conto della piattaforma, è estraneo tanto al risultato per il cui conseguimento la sua prestazione di lavoro è utilizzata dalla piattaforma, quanto

⁷⁵ G. Santoro Passarelli, *Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato dal committente, collaborazioni ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, n.1, 2016, 91 ss; G. Ferraro, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2016, 1, p. 53 ss

⁷⁶ P. Ichino, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1989.

⁷⁷ P. Tosi, *L’art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, *op.cit.*; O. Mazzotta, *L’inafferrabile eterodirezione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, n.1, 2020; A. Pileggi, *Dalla fattispecie «rifugio», alla fattispecie «trappola», alla fattispecie «bufala». Rottamazione dei cocopro e resurrezione dei cococo*, in *www.ilsussidiario.net*, 16 novembre 2015: «La nuova fattispecie di lavoro “parasubordinato” è dunque caratterizzata dall’etero-organizzazione (che comporta necessariamente etero-direzione)».

⁷⁸ Anche Corte cost. 12 febbraio 1996, n. 30: «*alienità dell’organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce*».

⁷⁹ Riecheggia anche qui il contratto a progetto.

⁸⁰ Un po’ come nel caso di Uber, 8° Juzado Especial Cível, 7 novembre 2016, 0801635-32.2016.8.10.0013

⁸¹ U. Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, 1967; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Cacucci, 2002.

⁸² In merito alla Corte Cost. 12 febbraio 1996, n. 30 si veda M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, *op.cit.*, il quale da sempre considera i *riders* subordinati.

all'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce (per l'appunto, la c.d. etero-organizzazione).

Il che sarebbe già di per sé sufficiente ai fini (anche) qualificatori dei ciclofattorini, ma forse proverebbe troppo, perché non terrebbe conto – secondo il *metodo tipologico* di qualificazione – delle modalità fattuali della prestazione.

Un altro, o meglio, altri due indici sussidiari della subordinazione⁸³ – considerati dalla giurisprudenza⁸⁴ e dalla dottrina⁸⁵ anche quali estrinsecazione dell'etero-direzione, essendo sempre (ed a maggior ragione lo sono nel caso dei ciclofattorini) funzionali a conformare o, meglio ancora, a 'coordinare' la collaborazione alle esigenze dell'imprenditore⁸⁶ – erano stati positivizzati sempre dalla precedente formulazione dell'art. 2, D.lgs. n. 81/2015, nella predeterminazione congiunta da parte del committente “*anche dei tempi e del luogo di lavoro*”.

L'avverbio *anche* e la congiunzione *e* avrebbero dovuto dunque indurre a ritenere che le modalità di esecuzione della prestazione dovessero essere etero-organizzate anche con riferimento sia ai tempi⁸⁷ che al luogo di lavoro⁸⁸, un'operazione algebrica che in passato avrebbe ‘*molto probabilmente*’ individuato un rapporto di lavoro subordinato⁸⁹.

Ciò che avrebbe dunque dovuto (e sicuramente potuto) essere – sulla base del menzionato ragionamento abduttivo – subordinazione attenuata diventava allora *post Jobs Act*

⁸³ P. Cipressi, *Il luogo della prestazione di lavoro subordinato*, Giuffrè, 1967, p. 45, secondo cui tempi e luoghi “*costituiscono semplicemente i parametri*” del tipo di attività che deve essere svolta; ma anche U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, op.cit., secondo cui “tempo e luogo della prestazione non ineriscono al comportamento solutorio del debitore in sé considerato, e dunque direttamente all'oggetto dell'obbligazione, ma costituiscono piuttosto le coordinate spazio-temporali di esso”, in quanto riconducibili al potere organizzativo del datore di lavoro.

⁸⁴ Cass. 5 maggio 2005 n. 9343, in *Banca Dati DeJure*: «*L'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, disciplinare e di controllo, esercitato dal datore (e plurimis, Cass. 7 aprile 2003 n. 5426), si risolve in una predisposizione; il datore predispone, in una misura maggiore o minore (a seconda del livello più o meno elevato del lavoro), i luoghi, i tempi e le modalità della prestazione (che è pertanto eterodiretta); e l'oggetto della prestazione in tal modo predisposta si risolve nelle operae (lavoro, nel senso puro del termine, in quanto svincolato da interna ragione e finalità).*»

⁸⁵ M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, op. cit., p. 196; M. Marazza, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, 2002, p. 296.

⁸⁶ In questo caso alle esigenze della piattaforma tramite il proprio algoritmo Pag. 8 e ss, Tribunale di Palermo, sentenza 24 novembre 2020 n. 3570 «*I rider sono tenuti ad adeguare la propria prestazione alle indicazioni che ricevono tramite l'applicativo che è anche l'unica modalità con la quale possono interagire con la convenuta.*» come anche rilevano, riassumendolo perfettamente nel titolo, A. Aloisi e V. De Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, op.cit., 2020.

⁸⁷ Secondo, P. Tosi, *Riders: qualificazione del rapporto e rappresentanza sindacale*, in *Guida al Lavoro / Il Sole 24 Ore*, Numero 48/ 4 dicembre 2020, p. 13, la subordinazione presuppone proprio «*la soggezione al potere dell'imprenditore di stabilire i tempi dell'adempimento*».

⁸⁸ Elemento che non può essere sottovalutato in una prestazione svolta al di fuori dai locali dell'impresa.

⁸⁹ Direttive generiche + etero-organizzazione + tempi + luoghi = subordinazione.

“parasubordinazione intensa”⁹⁰, con la conseguenza però che il rapporto di lavoro non sarebbe stato riqualificato⁹¹: sarebbe rimasto autonomo, con le tutele però dei lavoratori subordinati.

Il riferimento “*anche dei tempi e del luogo di lavoro*” è stato soppresso dalla Legge n. 128/2019, onde evitare (magari) problemi di indisponibilità del tipo legale⁹², ma ogni cicofattorino continua ad essere sia etero-organizzato nelle modalità di esecuzione della prestazione, sia (si potrebbe dire anche *etero-diretto*) nei tempi e nei luoghi di lavoro.

Un *riders post* 2015 avrebbe dunque quantomeno potuto essere pienamente riqualificato proprio in virtù dell’applicazione di quell’articolo 2, che ne preserva(va) la natura autonoma a cui estendere le tutele del lavoro subordinato, in ragione della sussistenza di tutti gli indici richiesti dalla subordinazione attenuata per la conversione del rapporto.

Ciò posto, ove proprio non si volesse riqualificare la prestazione dei cicofattorini per i motivi summenzionati, basti ricordare in questa sede che il potere di controllo è parte integrante dell’etero-direzione⁹³, laddove rilevi anche ai fini dell’obbligazione, non potendo *loggarsi* il *riders* che abbia meno del 20% di batteria ed il *riders* che non si sia *riloggato* con la stessa continuità degli altri lavoratori.

Ma non solo.

Mai come nel caso dei *riders* il controllo è tanto sul risultato, quanto sulla persona: quanto al risultato, perché la consegna viene valutata da un cliente che darà contezza alla piattaforma; quanto alla persona, perché il percorso del cicofattorino viene controllato in

⁹⁰ Così concludeva A. Pileggi, *Dalla fattispecie «rifugio», alla fattispecie «trappola», alla fattispecie «bufala». Rottamazione dei cocopro e resurrezione dei cococo, op.cit.*, secondo cui «Quelli che una volta sarebbero stati considerati dai giudici del lavoro come indici sintomatici di subordinazione (specie per le prestazioni lavorative d’incerta qualificazione) sono stati trasformati in requisiti costitutivi di una nuova fattispecie contrattuale di lavoro a subordinazione attenuata o a (pretesa) parasubordinazione intensa, cui viene resa direttamente applicabile la disciplina del lavoro subordinato: una nuova fattispecie che è una sorta di doppione o riedizione aggiornata del lavoro subordinato.»

⁹¹ Il che avrebbe creato problemi però solo nell’interpretazione dell’art. 2 così come fatta dalla Corte d’Appello di Torino, ma sul punto si richiama la nota n. 6.

⁹² In questo senso A. Pileggi, *La prima sentenza della cassazione sulle collaborazioni organizzate dal committente (Commento a Cass. 24 gennaio 2020 sui riders di Foodora)*, in *"Sentenze e Commenti" ISPER*, n. 125, Febbraio 2020, il quale ritiene da sempre che (quel)la norma “avrebbe probabilmente infranto il principio della indisponibilità del tipo lavoro subordinato.”; in questo senso anche P. Tosi, *La Corte di Cassazione e i riders. Lettura critica della sentenza n. 1663/2020, in LDE*, n.1, 2020, secondo il quale in Cassazione hanno optato per considerare l’art. 2, come una norma di disciplina e di fattispecie, “giacché, una volta escluso che essa crei una nuova fattispecie ed un tertium genus, “non può parlarsi di eccesso di delega, ben potendo inquadrarsi la norma in discorso nel complessivo riordino e riassetto normativo delle tipologie contrattuali esistenti voluto dal legislatore delegante”.

⁹³ Così M. Napoli, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi, Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni, Giuffrè Editore, 1996*, p. 60

ogni minimo spostamento sia dal cliente che dalla piattaforma, a cui deve dare contezza delle modalità di esecuzione della prestazione.

Ma non solo.

È infatti attraverso il controllo del *device* che la piattaforma verifica anche il corretto adempimento dell'obbligazione stessa, da intendersi riferita anche al comportamento⁹⁴ richiesto al debitore⁹⁵.

Il lavoratore così controllato è pertanto subordinato e dunque *alle dipendenze* del datore di lavoro, gravando su di esso l'esercizio anche del potere disciplinare, ancorché discriminatorio⁹⁶.

7. Alle dipendenze

Posto che, nell'ottica di chi scrive, mai come nel caso dei ciclofattorini, anche solo una giornata di obbligazione alla consegna rappresenterebbe il raggiungimento di quei *risultati*⁹⁷ tipici dell'organizzazione del lavoro subordinato, non può dimenticarsi che il lavoratore sarà comunque obbligato alla prestazione fin quando vorrà, avendo sempre la facoltà di *sloggarsi* ovvero decidere di lavorare saltuariamente, prestando così il fianco alle critiche relative alla mancanza potenziale di continuità dell'attività.

La condizione risolutiva, infatti, risolverebbe potenzialmente il contratto e, dunque, per la nuova conclusione dello stesso servirebbe il consenso di entrambe le parti, mentre nel caso di specie sarebbe il *rider* a decidere unilateralmente quando *riloggarsi* dando nuovamente esecuzione al contratto.

Il rilievo sarebbe più che legittimo, ma non invincibile.

Si può infatti superare l'obiezione muovendo sempre da due differenti approcci metodologici.

Se si vuole, da un approccio di tipo giuslavoristico.

⁹⁴ Vedi nota n. 69. Tutti i comportamenti richiesti al ciclofattorino sono preordinati al raggiungimento del risultato.

⁹⁵ M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, op.cit.

⁹⁶ Così di recente anche il Tribunale di Bologna, ordinanza 31 dicembre 2020, Tribunale di Bologna, che rileva un potere discriminatorio dell' algoritmo nei confronti dei ciclofattorini che aderiscono allo sciopero e massimizzata a pag. 20: «In sostanza, quando vuole la piattaforma può togliersi la benda che la rende "cieca" o "incosciente" rispetto ai motivi della mancata prestazione lavorativa da parte del rider e, se non lo fa, è perché ha deliberatamente scelto di porre sullo stesso piano tutte le motivazioni – a prescindere dal fatto che siano o meno tutelate dall'ordinamento – diverse dall'infortunio sul lavoro e dalla causa imputabile ad essa datrice di lavoro (quale evidentemente è il malfunzionamento della app, che impedisce il log-in).»

⁹⁷ F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda*, op.cit.

Come anzidetto, il Tribunale di Palermo imputa la riqualificazione alla realtà *apparente* dei *riders*, quale estrinsecazione del potere direttivo dell'imprenditore, ma nell'ottica di chi scrive la libertà *apparente* dei cicofattorino inciderebbe quale effetto *spia*⁹⁸ della subordinazione e non sua come causa: come dimostrato, infatti, è già subordinato il *rider* che decide di *riobbligarsi*, ma è in questo momento che si percepisce in modo ancor più tangibile la sua *dipendenze* dalla piattaforma.

Se il cicofattorino *si rilogga* è perché è già (oltre che da un punto di vista organizzativo) socio-economicamente⁹⁹ *dipendente* dalla piattaforma, che non gli permette di sentirsi libero fino in fondo. Pur tuttavia, come poc'anzi rilevato, non è questa libertà *apparente* a tipizzare la subordinazione del cicofattorino¹⁰⁰.

È dunque (già) lavoratore subordinato chi, una volta obbligato e qualificato, continua ad *obbligarsi* sentendosi *alle dipendenze* di un datore di lavoro, ma è quando *si logga* nuovamente che viene ad "esprime[rsi] innegabilmente un generico 'disequilibrio di poteri tra i due soggetti, di cui l'uno è sottoposto ad una posizione di supremazia dell'altro'"¹⁰¹.

Il cicofattorino subordinato che *dipende* dalla piattaforma digitale decide infatti di *riloggarsi* alle condizioni summenzionate, perché è conscio che, ove non fosse performante e/o disponibile quanto gli altri lavoratori, la piattaforma eserciterebbe il proprio potere disciplinare, retrocedendolo nella priorità della prenotazione delle sessioni di lavoro¹⁰², fino ad estrometterlo completamente dalle consegne.

Il *rider* alle *dipendenze* della piattaforma non cancella la prenotazione della sessione di lavoro senza il rispetto del preavviso imposto dalla convenuta (tre ore) e non chiede l'eventuale riassegnazione dell'ordine ricevuto, perché è conscio che, ove lo facesse sarebbe conscio di subire una penalizzazione nel punteggio di eccellenza.

⁹⁸ G. Pera, *Diritto del Lavoro*, op.cit.

⁹⁹ R. Scognamiglio, *Lezioni di diritto del lavoro*, Cacucci, 1972.

¹⁰⁰ Chiariva questo passaggio S. Magrini, voce *Lavoro (contratto individuale)*, in *ED*, Giuffrè, XXIII, 1973, p. 379 e ss., secondo il quale è la subordinazione tecnico-funzionale ad essere la caratteristica principale nell'individuazione della fattispecie lavoro subordinato e non quella economica.

¹⁰¹ U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, op.cit.

¹⁰² Pag. 6, Tribunale di Palermo, sentenza 24 novembre 2020 n. 3570: «il punteggio diminuisce quando:

- Il numero degli ordini ad alta domanda effettuati negli ultimi 28 giorni diminuisce

- Ricevi una valutazione negativa (riguardo un comportamento non professionale o un ordine trasportato in maniera errata) da un partner/cliente

- Quando non effettui il check-in o lo fai in ritardo

- Quando sei al di fuori della mappa della tua città o la connessione del tuo telefono non funziona correttamente»

La libertà *apparente* è dunque elemento complementare della *dipendenza* (anche) economica del lavoratore, in quanto manifestazione dello squilibrio di potere tra le parti, dipendendo comunque la *collaborazione* dalla piattaforma, rispetto alla quale il cicofattorino - trovandosi costretto a mettere a disposizione le proprie energie – si trova in una netta condizione di inferiorità.

Altrimenti, se si vuole, (e nel più è comunque sempre ricompreso il meno) da un approccio di tipo civilistico.

Il contratto iniziale tra *rider* e piattaforma può essere configurato come un contratto normativo ovvero come un contratto quadro, cui segue poi la conclusione di singoli contratti esecutivi del primo nel momento in cui cioè il cicofattorino decide di *riloggarsi*.

Singoli contratti esecutivi che, chiaramente, si configurano, come dimostrato in precedenza contratti di lavoro subordinato.

8. Considerazioni finali sull'art. 2

Un lettore del presente contributo potrebbe legittimamente obiettare che lo scrivente non sia un sostenitore dell'art. 2, D.lgs. n. 81/2015, un giovane giuslavorista *d'antan*, che rimpiange la precedente “fattispecie trappola”¹⁰³ del contratto a progetto ed il binomio autonomia/subordinazione.

L'obiezione sarebbe fondata, ma solo in parte.

Chi scrive ritiene infatti che l'art. 2, possa essere uno strumento adeguato nella lotta contro l'elusione della subordinazione, ma non lo è stato nella sua versione originale. Le collaborazioni organizzate dal committente sono divenute uno strumento più anti-elusivo del contratto a progetto solo nel momento in cui il legislatore ha soppresso il richiamo all'organizzazione “*anche dei tempi e del luogo di lavoro*”, su cui, come (di)mostrato, né giurisprudenza né dottrina sono unanimi.

Il problema è che la sentenza n. 1663/2020 della Corte di Cassazione – intervenuta proprio nel momento in cui la Legge n. 128/2015 ha riequilibrato il baricentro dell'etero-

¹⁰³ A. Pileggi, *Dalla fattispecie «rifugio», alla fattispecie «trappola», alla fattispecie «bufala». Rottamazione dei cocopro e resurrezione dei cococo, op.cit.*

organizzazione, riespandendo la portata tutelare dall'art. 2 – ha finito col sminuire la soppressione del legislatore¹⁰⁴.

Non è però assolutamente vero che al giorno d'oggi le modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa non costituiscano più un reale fattore discretivo tra l'area dell'autonomia e della subordinazione¹⁰⁵.

Quantomeno secondo i giudici sembrerebbe possano essere ancora un fattore discretivo, specialmente se in combinato disposto con l'inserimento strutturale del lavoratore all'interno dell'organizzazione¹⁰⁶ di un committente (e ragionevolmente anche con altri indici sussidiari della subordinazione), preferendo in quei casi “mantenere un impianto fondato su tre categorie dai confini ben precisi e ormai collaudati”¹⁰⁷.

Il legislatore può rendere infatti il lavoro subordinato più autonomo¹⁰⁸, ma non può rendere il lavoro autonomo (così tanto) più subordinato, senza che per l'effetto non ne derivi (almeno il legittimo dubbio di) una piena riqualificazione del rapporto perché “nel diritto del lavoro non è l'interpretazione del regolamento voluto dalle parti a stabilire la natura del contratto, ma è la qualificazione in base alla natura obbiettiva del rapporto a modellare la volontà delle parti entro uno schema contrattuale tassativo, in funzione di un ordine che, pur essendo fondato sulla volontarietà del vincolo, rispecchia interessi (collettivi, pubblici) in larga misura superiori ai loro”¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Punto n. 34 e 35, Cass., 24 gennaio 2020 n. 1663: «Ciò posto, se è vero che la congiunzione "anche" potrebbe alludere alla necessità che l'etero-organizzazione coinvolga tempi e modi della prestazione, non ritiene tuttavia la Corte che dalla presenza nel testo di tale congiunzione si debba far discendere tale inevitabile conseguenza.» e «Il riferimento ai tempi e al luogo di lavoro esprime solo una possibile estrinsecazione del potere di etero-organizzazione, con la parola "anche" che assume valore esemplificativo. In tal senso sembra deporre la successiva soppressione dell'inciso ad opera della novella cui si è fatto più volte cenno. Del resto è stato condivisibilmente 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.»

¹⁰⁵ Anche perché potrebbero comunque essere ricondotte al potere direttivo del datore di lavoro.

¹⁰⁶ Circolare INL n. 7 del 30 ottobre 2020: «Sussiste invece etero-organizzazione quando l'attività del collaboratore è pienamente integrata nell'attività produttiva e/o commerciale del committente e ciò risulti indispensabile per rendere la prestazione lavorativa.»

¹⁰⁷ R. De Luca Tamajo, *La sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, op.cit.

¹⁰⁸ O meglio, può prenderne contezza, attraverso la Legge n. 81/2017 con lo *smart working* per incentivarne il ricorso.

¹⁰⁹ M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, n.1, 1995. E questa affermazione vale tanto per la (in)disponibilità delle parti quanto quella del legislatore.

Ed è forse proprio quest'ultima considerazione a disvelare i motivi per cui a distanza di un anno da quella famosa sentenza della Corte di Cassazione, la collaborazione organizzata dal committente continua ad essere “*un personaggio in cerca d'autore*”¹¹⁰.

Nell'ottica di chi scrive infatti, i giudici – non esplicitamente, ma implicitamente anche Palermo, che ha però rilevato un'ulteriore *spia* – continuano a ricondurre tautologicamente l'etero-organizzazione *anche* all'organizzazione *sia* dei tempi *che* dei luoghi della prestazione, preferendo però in quel caso riqualificare il rapporto, anziché estendere la disciplina del lavoro subordinato.

Forse proprio perché ritengono che così venga provato troppo: direttive generiche, inserimento strutturale della collaborazione all'interno dell'organizzazione aziendale e l'obbligazione a conformarsi tanto ai tempi, quanto ai luoghi del committente, sono elementi idonei a qualificare ‘*molto probabilmente*’ un rapporto di lavoro subordinato nella sua interezza.

Mai come nel caso dell'art. 2 il *peccato* è (stato nella sua formulazione) *originale*.

¹¹⁰ La paternità di questo appellativo è di L. Foglia, *L'etero-organizzazione tra approccio rimediale e qualificatorio. La Corte di Cassazione resta al bivio, op. cit.*, ma l'autrice ritiene precisamente che sia l'etero-organizzazione ad essere “*un personaggio in cerca d'autore*” e non l'art. 2. Lo scrivente invece, per i motivi summenzionati, ritiene che sia invece l'art. 2, D.lgs. n. 81/2015, perché potrebbe ancora ritrovare un autore, sia consentito, P. Iervolino, *L'art. 2, un personaggio (ancora) in cerca d'autore*, in www.paoloiervolino.it, 1 dicembre 2020.