



Numero 2 / 2022

Antonello Olivieri

**La presunzione di subordinazione nel lavoro tramite
piattaforma: dall'esempio spagnolo alla proposta di
Direttiva europea. Quasi *todos caballeros*?**

La presunzione di subordinazione nel lavoro tramite piattaforma: dall'esempio spagnolo alla proposta di Direttiva europea. Quasi *todos caballeros*?

Antonello Olivieri

Professore Associato di Diritto del lavoro nell'Università di Foggia

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'incerta *presunción de laboralidad* in Spagna. – 3. La proposta di Direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nelle piattaforme digitali: l'esigenza di certezza. – 3.1. La presunzione di subordinazione eurounitaria. – 3.2. La possibilità di confutare la presunzione. – 4. Alcune brevi osservazioni conclusive.

Abstract: All'interno di un eterogeneo contesto normativo e giurisprudenziale, l'A. analizza il complesso tema della qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro tramite piattaforma digitale attraverso l'ambigua formula della presunzione legale relativa eurounitaria, con particolare riferimento al modello spagnolo previsto dalla Ley n. 12 del 2021.

Abstract: Within a heterogeneous regulatory and jurisprudential context, the A. analyses the complex issue of the legal qualification of employment relationships through the digital platform through the ambiguous formula of the European Union's relative legal presumption, with particular reference to the Spanish model envisaged by Ley No. 12 of 2021.

1. Introduzione.

Il lavoro si trasforma, non è una categoria astratta dello spirito. Ogni epoca ha le sue logiche organizzative, i suoi specifici rapporti di produzione¹. Non sfugge a questo dinamismo, espressione dell'attrito con la storia che incessantemente ridefinisce l'esperienza giuridica, il lavoro mediante piattaforme il cui avvento, accompagnato da formule retoriche, in bilico tra la magniloquente etichetta della “economia collaborativa” e subdole forme di sfruttamento

¹ Cfr. le relazioni e gli interventi del Congresso Aidlass, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Giuffrè, 1986.

preindustriale, ha prodotto una certa sensazione di smarrimento, derivante dalla difficoltà di analizzare il complesso fenomeno della *gig economy* in termini universali e omogenei. Le istanze emergenti in ciascun ordinamento, oggi decisamente metabolizzate seppur all'interno delle differenti tradizioni giuridiche, hanno indotto soluzioni giurisprudenziali e normative caratterizzate da un minimo comun denominatore: stabilire condizioni di lavoro *decenti* all'interno di un settore che almeno inizialmente ha mal digerito le tradizionali categorie assiologiche e ha reso più vulnerabili i lavoratori.

I nuovi modelli digitali di produzione² hanno senza dubbio creato plurime occasioni di lavoro, ma allo stesso tempo contribuito a ridestare il dibattito sui requisiti selettivi della disciplina del lavoro subordinato, riconfigurando la dialettica tra principi direttivi e tecniche di tutela³. E "l'enigma qualificatorio" porta con sé l'immagine delle tutele⁴.

L'individuazione dei nuovi caratteri costitutivi del tempo e del luogo della prestazione, del potere direttivo e di controllo del datore di lavoro in contesti ormai dematerializzati, sfuggenti, rappresentano interrogativi costanti del dibattito dottrinale che non può più riposarsi sulla contemplazione del *mondo di ieri*.

E allora guardando avanti è opportuno uscire dalla logica manichea per cui i nuovi scenari digitali costituiscono moderne forme oppressive di alienazione del lavoro ovvero opportunità salvifiche per i lavoratori. Appare, invece, più utile interrogarsi sulla conformità delle scelte regolative che non possono prescindere da legittime esigenze di giustizia sociale, soprattutto se si considera che i tempi del diritto del lavoro non sono quelli delle rivoluzioni tecnologiche.

I processi digitali ripropongono, in modo radicale, una sfida non molto diversa da quella che quasi quotidianamente l'economia prescrive: come un moderno *Le Penseur*, il diritto del lavoro si trova a dover riflettere sulle categorie tradizionali, in particolar modo sul rapporto tra subordinazione e autonomia⁵.

² *Amplius*, M. Biasi, *Lavoro digitale* (voce), in *DDP Sez. Comm.*, Aggiornamento, IX, 2022, 275 ss.

³ Già, M. Biasi, [L'inquadramento giuridico dei riders alla prova della giurisprudenza](#), in *LDE*, 2018, 2, 1 ss.

⁴ A. Garilli, C. De Marco, *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 435, 2021, 1 ss.

⁵ Sia consentito rinviare al mio, *Subordinación y autonomía en la época del trabajo (in)sostenible. What's in a name?*, in I. Marín Alonso, M.T. Igartua Miro (a cura di), *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Laborum, 2020, 25.

In fondo è sempre la stessa vecchia storia, riproposta in chiave contemporanea⁶. Il diritto del lavoro è in grado di materializzare i nuovi lavoratori invisibili e di soddisfare dunque quell'ancestrale bisogno di protezione?

2. L'incerta *presunción de laboralidad* in Spagna.

In coerenza col titolo del contributo assegnatomi dal Professor Biasi, devo subito precisare che il tema della presunzione di subordinazione non è nuovo per la Spagna, tanto da essere considerato, quello spagnolo, un esempio, se non un archetipo.

Ancor prima dell'emanazione della cosiddetta *Ley rider* (Ley 12/2021), lo *Estatuto de los trabajadores* ha disseminato razionalmente al suo interno diverse ipotesi di presunzione di *laboralid*⁷.

La presunzione spagnola è tutt'altro che appagante in termini di effettività delle tutele, di accesso al mondo delle garanzie. Invero, appare una forzatura anche la riconduzione all'interno dell'area delle presunzioni legali là dove si afferma che *el contrato de trabajo (...) se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél*⁸.

Dunque, non si presume nulla⁹ ma si reitera il contenuto dello stesso concetto legale di lavoratore¹⁰ attraverso una tautologia: esiste un contratto di lavoro quando esiste il contratto di lavoro¹¹.

Pur tuttavia, tale incerta formulazione ha rappresentato la base¹² per l'introduzione di una presunzione legale relativa per i *repartidores*, con un campo di applicazione decisamente limitato rispetto a quello previsto dalla proposta di direttiva (*infra* 3).

⁶ R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2017, 1 ss.; V. Maio, *Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazioni del rapporto e tutele*, in ADL, 2019, 584; A. Loffredo, *Di cosa parliamo quando parliamo di lavoro digitale?*, in Labor, 2019, 253.

⁷ Cfr. artt. 1.1, 1.3, 2 e 8.1, ET. La *presunción de laboralidad* ha un'origine antica e risale agli inizi del secolo scorso (art. 5 de la Ley de tribunales industriales del 19 maggio 1908: "el contrato de trabajo se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo y el que lo presta").

⁸ Cfr. artt. 1, comma 1 e 8, comma 1, ET.

⁹ Già W. Sanguineti Raymond, *La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del derecho del trabajo en Perú*, in *Laborem*, 3, 2003, 48.

¹⁰ J. Gorelli Hernández, *Sobre la presunción de laboralidad de los repartidores de plataformas digitales*, in *Trabajo y Derecho*, 2022, in corso di pubblicazione.

¹¹ Cfr. J. Gorelli Hernández, *Sobre la presunción de laboralidad de los repartidores de plataformas digitales*, in M. Ricci, A. Olivieri (a cura di), *La tutela dei dati del lavoratore. Visibile e invisibile in una prospettiva comparata*, Cacucci, 2022, in corso di pubblicazione.

¹² Del resto, lo *incipit* della 23° disposizione aggiuntiva all'ET è inequivocabile: "Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1". A. Ojeda Avilés, *Deconstrucción de los indicios de laboralidad frente al cambio tecnológico*, in *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 464, 2021, 23 ss.

Ebbene, in questo caso la costruzione normativa appare ancor più ambigua, lasciando più di un dubbio sulla sua efficacia, soprattutto se si presenta come modello di riferimento per la futura direttiva. Orbene, affinché operi tale presunzione il lavoratore deve dimostrare l'esistenza di un potere di direzione, di organizzazione e di controllo, direttamente, indirettamente o implicitamente esercitato dalla piattaforma attraverso un algoritmo.

I requisiti sono più stringenti del semplice potere di disposizione della forza lavoro richiamato dalle norme statutarie¹³, nel senso che al lavoratore della piattaforma è richiesto un enorme sforzo in termini probatori che affievolisce la funzione e le finalità della stessa presunzione¹⁴. Certo, la possibilità di utilizzare elementi indiretti o addirittura impliciti rappresenta una coraggiosa apertura - trascurata, invece, dalla proposta di direttiva (*infra* 3.2) - verso la flessibilizzazione degli indici della subordinazione¹⁵.

La previsione spagnola riflette un probabile vizio di origine: l'essere sul piano normativo la traslazione della sentenza del Tribunal Supremo del 25 settembre del 2020, n. 805¹⁶.

3. La proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nelle piattaforme digitali: l'esigenza di certezza.

La costruzione di un'Europa sempre più sociale ha trovato un solido ancoraggio nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro all'interno delle piattaforme digitali¹⁷.

¹³ W. Sanguinetti Raymond, *La presunción de laboralidad de los riders o cómo se consiguió la cuadratura del círculo de la laboralidad*, in <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2021/05/15/la-presuncion-de-laboralidad-de-los-riders-o-como-se-consiguio-la-cuadratura-del-circulo-de-lalaboralidad/>.

¹⁴ Cfr. M.C. Palomeque Lopez, *Las presunciones legislativas de laboralidad*, in *Trabajo y Derecho*, 2021, 79, 5; W. Sanguinetti Raymond, *La laboralización de los trabajadores de las plataformas de reparto y sus consecuencias*, in *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2021, 4.

¹⁵ Tuttavia, non è mancato chi ha evidenziato, condivisibilmente, l'evidente incompatibilità di una presunzione che intende ridurre il conflitto e facilitare la qualificazione in termini di subordinazione prevedendo però un onere probatorio intenso per i lavoratori delle piattaforme. A. Todolí Signes, *Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la "Ley Rider" y los derechos de información sobre los algoritmos*, in *IUSlabor*, 2, 2021, 35 ss.

¹⁶ Nella relazione illustrativa alla Ley n. 12 del 2021 è esplicitamente indicato che la stessa legge "incorpora los criterios y parámetros establecidos por el Tribunal Supremo en dicha sentencia, primera dictada en unificación de doctrina, valiéndose para ello de la prevalencia del principio de realidad en el sentido señalado por sentencias precedentes, como la STS 263/1986, de 26 de febrero de 1986, o STS de 20 de enero de 2015, recurso 587/2014, y en la que se destaca, asimismo, la necesidad de adaptar los requisitos de dependencia y ajenidad al contexto actual".

¹⁷ COM(2021) 762 final. Invero, i primi germogli possono essere rintracciati già in precedenza. Cfr. Bruxelles, 6.5.2015 COM(2015) 192 final, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni; Bruxelles, 25.5.2016 COM(2016) 288 final, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni; Bruxelles, 2.6.2016 COM(2016) 356 final, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni; direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea

La Commissione europea si è trovata di fronte a tre incognite per armonizzare gli effetti della *gig economy*¹⁸. In primo luogo, le incertezze normative e giurisprudenziali sulla qualificazione giuridica dei lavoratori delle piattaforme e il corretto riconoscimento dello statuto protettivo¹⁹. In secondo luogo, la gestione algoritmica del rapporto di lavoro, che ha acuito l'esigenza di protezione dei dati personali²⁰. Infine, la natura transfrontaliera del lavoro e dei servizi offerti dalle piattaforme che possono favorire situazioni di inadeguata protezione sociale in ragione di un determinato assetto normativo più "leggero".

La giurisprudenza degli Stati membri ha (di)mostrato come le differenti piattaforme digitali abbiano introdotto nuove forme di organizzazione che hanno sfidato, al di là delle differenti culture giuridiche, i tradizionali statuti protettivi.

Tant'è che a fronte di un'altissima percentuale di lavoratori assunti con contratto autonomo vi è stata una intensa risposta giurisprudenziale finalizzata a ricondurre entro lo schema del lavoro subordinato l'attività prestata dai *riders* che rappresentano, però, solo una parte dell'indistinguibile mondo delle piattaforme, *online* e *offline*.

Nuovi orizzonti sì, ma anche vecchi confini, dunque.

La futura direttiva ha l'obiettivo di normalizzare la situazione conflittuale creatasi all'interno dei differenti contesti giuridici, individuando un punto di equilibrio tra la nuova realtà economica e l'esigenza di giustizia dei lavoratori che non può essere rimessa *integralmente* ai diversi apprezzamenti, alle eterogenee sensibilità dei tribunali nazionali, al destino imperscrutabile.

Il tema della certezza giuridica nasce dalla empirica consapevolezza dei diversi approcci degli Stati membri, dall'elevato numero di procedimenti giudiziari che ostacola il mantenimento delle condizioni di parità e facilita la possibilità di adottare pratiche commerciali sleali nei confronti di altre imprese, nonché dalla necessità di stabilire norme in grado di promuovere "una convergenza verso l'alto dei risultati occupazionali e sociali in tutta l'Unione"²¹.

Quel bisogno di certezza o tendenziale sicurezza giuridica affiora da ogni poro della proposta europea.

3.1. La presunzione di subordinazione eurounitaria.

¹⁸ V. il contributo di T. Vettor, in *Questa Rivista*.

¹⁹ Cfr. T. Treu, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *DRI*, 2022, 8.

²⁰ *Amplius*, E. Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University, 2019, in part. 160 ss. Inoltre, cfr. i contributi di C. Spinelli e M. Peruzzi, in *Questa Rivista*.

²¹ V. la relazione alla proposta di direttiva, 10.

Il processo di trasformazione in atto, ormai sedimentato nelle plurime esperienze giuridiche internazionali, ha imposto di riconsiderare anche le problematiche generali di inquadramento teorico in materia di subordinazione.

Ebbene, cosa ha da dire la proposta di direttiva sui concetti di subordinazione e autonomia²²?

Tre sono sostanzialmente i grandi nuclei argomentativi:

- 1) Il c.d. primato dei fatti;
- 2) La presunzione di subordinazione;
- 3) L'inversione dell'onere della prova a carico delle piattaforme digitali.

Poco mossi gli altri bacini si potrebbe affermare con riguardo al primo principio, alla prevalenza della fase esecutiva sulla regolamentazione negoziale dichiarata nel contratto, anche se così scontata non appare la previsione all'interno delle multiformi esperienze comparate. Almeno nel nostro Paese, la concretezza del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento non possono infatti essere surrogate dall'autoqualificazione della relazione contrattuale²³.

Più problematici e innovativi gli altri due punti che, invero, possono essere congiuntamente esaminati nei limiti del presente contributo.

In primis, il campo di applicazione delle presunzioni viene ristretto alle sole piattaforme di lavoro digitali che esercitano un determinato *standard* di controllo sull'esecuzione del lavoro²⁴.

Per accertare l'esistenza di tale controllo e, di conseguenza, consentire alla presunzione di operare è sufficiente che si realizzino almeno due delle seguenti circostanze²⁵:

- 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;

²² Riecheggiando il titolo di un saggio M. Aimò, *Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l'Unione europea?*, in M. Aimò, A. Fenoglio, D. IZZI (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Esi, 2021, 655 ss.

²³ Il tema è affrontato anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. A titolo meramente esemplificativo, cfr. Corte giust., 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*, punto 71; Corte giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV*, punti 35-36. Si v. inoltre la direttiva 2019/1152 che al Considerando n. 8 afferma l'opportunità «che la determinazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro si fondi sui fatti correlati all'effettiva prestazione di lavoro e non [...] sul modo in cui le parti descrivono il rapporto».

²⁴ Cfr. Illustrazione dettagliata delle singole disposizioni della proposta di direttiva, 17. Inoltre, gli Stati membri sono tenuti a istituire un quadro per garantire che la presunzione legale si applichi in tutti i procedimenti amministrativi e giudiziari pertinenti e che anche le autorità responsabili dell'applicazione, quali gli ispettorati del lavoro o gli organismi di protezione sociale, possano basarsi su tale presunzione.

²⁵ Art. 4, comma 2, Proposta di direttiva europea.

- 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.

Nel definire più concretamente il suo campo di applicazione, la proposta di direttiva utilizza una formula ibrida, del resto già consolidata²⁶, che nasce dall'interazione tra il diritto interno e la Corte di giustizia. Senonché, la previsione di una sorta di irrocervo concettuale costituito dalla triade sussidiarietà, giurisprudenza europea e indici presuntivi, rischia di creare un corto circuito ermeneutico e di realizzare un sistema tutt'altro che certo. Si fa presumere qualcosa che è definito però dai singoli Stati membri.

Ad ogni modo, la scelta di utilizzare la presunzione legale supera, innanzitutto, le precedenti pronunce della stessa Corte di giustizia che in più di un'occasione l'ha considerata un ostacolo alla libertà di stabilimento degli operatori economici²⁷ o alla libera prestazione dei servizi²⁸.

Tuttavia, i criteri previsti *ut supra* richiamano “solo in parte” quelli individuati dai giudici di Lussemburgo e si attagliano essenzialmente sul concetto di etero-organizzazione²⁹, sulla scorta delle sentenze emanate nei diversi ordinamenti europei e riprendendo *a contrario* l'ordinanza *Yodel*³⁰. In sostanza, gli indici riflettono un duplice controllo sulla prestazione³¹, non solo quello tradizionale e diretto, ma anche indiretto che limita di fatto l'auto-organizzazione dei lavoratori, integrando così una sorta di “nozione “onnivora” di subordinazione”³².

Non sembra destare stupore l'approccio finalizzato certamente ad assicurare un'applicazione omogenea all'interno dell'Unione di principi generali sovranazionali in un'ottica di

²⁶ Art. 1, comma 2, Direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea Direttiva sulla trasparenza.

²⁷ Nella causa C-161/07, *Commission of the European Communities v Republic of Austria*, punto 14.

²⁸ Nella causa C-255/04, *Commission of the European Communities v French Republic*, punto 39.

²⁹ S. Giubboni, *Note sparse sugli usi della nozione euro-unitaria di subordinazione nell'ordinamento interno*, in *RIDL*, 2022, 75.

³⁰ Cfr. Corte di giustizia 22 aprile 2020, *Yodel Delivery Network*, C-692/19. Su tale ordinanza, in particolare, G. Pacella, *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di Giustizia europea*, in *LLI*, 2020, 6, 1, 18 ss.; E. Gramano, *Ancora sulla nozione di “lavoratore” nel diritto dell'Unione Europea: il caso Yodel*, in *ADL*, 2020, 1453 ss.

³¹ Secondo A. Ojeda Avilés, *Sobre la presunción de laboralidad de los repartidores de plataformas digitales*, in M. Ricci, A. Olivieri (a cura di), *La tutela dei dati del lavoratore. Visibile e invisibile in una prospettiva comparata*, Cacucci, 2022, in corso di pubblicazione, proprio l'elemento del controllo rappresenterebbe la vera scommessa della proposta di Direttiva europea.

³² A. Alaimo, *Lavoro e piattaforme tra subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione europea*, in *DRI*, 2022, 648.

armonizzazione coesiva³³, ma anche, e forse soprattutto, sul piano del merito, a dilatare il raggio d'azione della portata della nozione di lavoratore in una prospettiva rimediale³⁴. L'uso della presunzione legale tende(rebbe) proprio a rafforzare la nozione eurolavorista con l'obiettivo di valorizzare un concetto "comune e inclusivo"³⁵ non più legato solo ai profili della libera circolazione, ma alla "sostanza effettiva del rapporto economico-sociale sottostante"³⁶.

Uno "slancio espansivo" che, seppur con qualche ambiguità³⁷, riflette nei contenuti l'evoluzione giurisprudenziale tendente a sovrapporre il concetto di subordinazione con quello di etero-organizzazione³⁸. E dal punto di vista definitorio, la proposta di direttiva accoglie la classica bipartizione tra subordinazione e autonomia non lasciando alcuno spazio per un *tertium genus* digitale³⁹.

La tecnica non è certo neutrale⁴⁰, così come l'organizzazione delle piattaforme non è neutrale. Sentenze e interventi legislativi rappresentano utili paradigmi per adattare il loro modello organizzativo⁴¹, per esempio, rideclinando quegli elementi che hanno portato i giudici a concludere in termini di subordinazione all'interno di ciascun territorio nazionale. Si pensi semplicemente al passaggio dalla valutazione del sistema dei criteri di priorità c.d. SSB a quello definito di *free login*⁴².

Certo, bisognerà far luce sull'algoritmo per accertare l'esistenza di eventuali sanzioni occulte, per esempio, come la difficoltà nell'accesso all'*app* a seguito di alcuni rifiuti da parte dello stesso *rider*.

³³ Cfr. M. D'Antona, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, in RTDPC, 1994, 700.

³⁴ S. Giubboni, *op. cit.*, 73.

³⁵ M. Aimò, *op. cit.*, 671.

³⁶ Utilizzo un'espressione efficace di M. Roccella, *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del sig. B.*, in RGL, 2007, 138.

³⁷ S. Giubboni, *op. cit.*, 56 e 70.

³⁸ E. Menegatti, *The Evolving Concept of "worker" in EU law*, in ILLJ, 2019, 75 ss. S. Giubboni, *op. cit.*, 69. In giurisprudenza, Corte giust., 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby* e Corte giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV*.

³⁹ M. Barbieri, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in LLI, 2021, 3; C. Ponterio, *La direzione della Direttiva*, in LDE, 2022, 1, 5. Secondo G. Bronzini, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'"umanesimo digitale"*, in LDE, 2022, 1, 8 "una dicotomia che sembra poco coerente" sia rispetto alle importanti e innovative soluzioni normative adottate da alcuni stati membri in termini di "protezione ad hoc", "ma anche con lo spirito del Pilastro sociale che guarda invece ad una ricomposizione del sistema delle tutele, anche di quelle welfaristiche, in chiave universalistica".

⁴⁰ La tecnologia non è neutra, bensì produce effetti in relazione alle peculiari "modalità d'uso, che contribuiscono a definire senso e portata sociale": S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, 1995, 14.

⁴¹ Cfr. Considerando n. 7 della proposta di direttiva: "Le giurisprudenze nazionali hanno tuttavia dato luogo a esiti diversi e le piattaforme di lavoro digitali hanno adattato il proprio modello di business in vari modi, inasprendo così l'assenza di certezza del diritto sulla situazione occupazionale" (p. 23).

⁴² Alcune aziende di *food delivery*, com'è noto, si sono orientate da tempo verso un sistema di *free login*, consentendo il libero accesso del fattorino al servizio di consegna. Viene così meno l'obbligo di prenotare in anticipo le sessioni anche in base al miglior *rating*, rendendosi semplicemente disponibili a ricevere ordinazioni *just in time* attraverso l'accesso all'applicazione installata sul proprio *smartphone*. Tale sistema consentirebbe, inoltre, di rifiutare gli ordini offerti senza più subire penalizzazione.

3.2. La possibilità di confutare la presunzione.

La fenomenologia complessa e articolata delle presunzioni legali non consente di approfondire, in questa sede, i pur importanti, benché controversi, elementi di discussione emersi nella dottrina non solo processualistica⁴³.

A una tecnica organizzativa delle piattaforme non neutrale, la Commissione risponde con la tecnica della presunzione, anch'essa partigiana⁴⁴, che si muove sul piano della tutela di uno dei contraenti, la parte più del debole del rapporto, riverberandosi inevitabilmente sul terreno sostanziale. Una volta agevolato l'adempimento degli oneri probatori attraverso la semplificazione della fattispecie si accrescono, infatti, i margini di effettività della tutela del lavoratore.

Ora, le presunzioni relative, attraverso la manipolazione degli oneri probatori (art. 2697 c.c.)⁴⁵, sono finalizzate ad agevolare la posizione processuale di una delle parti, orientando *ex ante* la decisione del giudice a favore della soluzione considerata preferibile dalla legge⁴⁶ che privilegia così una certa verità, secondo regole di esperienza, nel momento in cui considera esistenti determinati elementi di fatto a cui ricollega specifici effetti giuridici⁴⁷.

Sulla piattaforma incombe, pertanto, l'obbligo di dimostrare il reale svolgimento dei fatti; dovrà in sostanza comprovare che la fattispecie concreta non corrisponda allo schema tipico invocato dal ricorrente.

Senonché, la previsione così come attualmente formulata sembra piuttosto timorosa.

Qui non importa tanto domandarsi se è giustificato l'alleggerimento della posizione probatoria del lavoratore, aggravando quella delle piattaforme. Si tratta di una scelta di politica legislativa basata essenzialmente sulla mera difficoltà processuale che possono incontrare tali lavoratori alla luce del continuo mutamento di strategia organizzativa. Così come non è impensabile che le stesse piattaforme torceranno, come già avvenuto di recente, la loro organizzazione in funzione degli indici eurounitari.

Accanto alla dimensione politica, qual è invece la rilevanza giuridica di tale previsione?

⁴³ Tra i tanti, si rinvia a V. Andrioli, voce *Presunzioni (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in ND, vol. XIII, Utet, 1966, 770 ss.; G.A. Micheli, *L'onere della prova*, Cedam, 1966, 199; G. Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Jovene, 1974, 5 ss.; M. Taruffo, voce *Onere della prova*, in DDP sez. civ., XIII, Utet, 1995, 75; G. Tombari Fabbrini, voce *Presunzioni*, in DDP, XIV, Utet, 1996, 279. S. Patti, *Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, in RDC, 1990, 711.

⁴⁴ Il diritto, del resto, opera scelte di valore, è strumento tecnico di scelte politiche.

⁴⁵ A. Vallebona, *Gli oneri di allegazione e di prova nelle controversie di lavoro*, Cedam, 2006, 5 ss.

⁴⁶ Secondo R. Sacco, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in RDC, 1957, 407 la presunzione impone un dovere di comportamento nei confronti del giudice, non serve a convincerlo.

⁴⁷ Vale a dire "le conseguenze giuridiche della mancata prova del fatto opposto a quello presunto" (R. Sacco, *op. cit.*, 410).

Il lavoratore può limitarsi alla mera allegazione del fatto posto a fondamento della propria pretesa?

Invero, la risposta appare negativa. La previsione di una presunzione condizionata esprime certamente il desiderio di alleggerire il lavoratore ma non lo esime dal provare, comunque, il *fatto principale* (non il fatto presunto ovviamente) già individuato dal legislatore.

La presunzione eurounitaria si inquadrirebbe allora quale “costellazione di indizi” tendente alla semplificazione analitica della fattispecie, alla sintesi astratta degli elementi ritenuti necessari per la produzione di un determinato effetto⁴⁸. Ma è pur sempre un momento di apparenza e verosimiglianza del fatto⁴⁹; sarà comunque necessario verificare se il caso particolare corrisponda allo schema tipico. In tal senso, l’inferenza dell’esistenza del fatto che fa presumere il controllo sull’esecuzione della prestazione e, dunque, la subordinazione, dovrebbe derivare dalla effettiva prova di almeno due dei criteri individuati nella proposta di direttiva, il che farebbe presumere, appunto, la sussistenza anche delle altre circostanze che compongono la costellazione⁵⁰.

Sul piano della teoria generale, nell’ambito della presunzione *iuris tantum* in mancanza di prova contraria il giudice considererà provato il fatto presunto.

Cosa dovrebbe allora provare la piattaforma per superare la presunzione relativa⁵¹?

Per eliminare la situazione di apparenza deve fornire elementi di prova diretti o anche indiretti? Provare un fatto negativo non è operazione semplice⁵², specie quando alcuni indicatori eurounitari sono perfettamente compatibili con la natura autonoma del rapporto di lavoro. Da questo punto di vista, la bilancia apparirebbe troppo sbilanciata. Se l’obiettivo è di attenuare l’incertezza sulla situazione di fatto e di eliminare forme di *misclassification*, il confine tra gioco delle presunzioni e predeterminazione della soccombenza può essere molto sottile.

E, pertanto, se è in gioco la *verità* (quella processuale)⁵³ non mi sembra si possa ravvisare una restrizione legale dei temi di prova per confutare la presunzione. Anche sul piano teorico, la presunzione relativa non modificando l’oggetto della prova ma invertendone solo l’onere

⁴⁸ M. Taruffo, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in RTDPC, 1992, 733.

⁴⁹ Al concetto di presunzione è collegato quello di probabilità: M. Taruffo, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in FI, 1974, V, c. 83 ss.

⁵⁰ Va da sé che il ricorrente possa sempre rafforzare la sua posizione processuale fornendo ulteriori elementi in grado di comprovare l’esistenza del fatto presunto anche al fine di rendere più difficoltoso l’assolvimento della prova contraria.

⁵¹ Cfr. M. Magnani, *La proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali*, in *Boll. Adapt*, 9 maggio 2022, n. 18.

⁵² Cass., 20 dicembre 2016, n. 26397; Cass., 6 dicembre 2016, n. 24967, Cass., 10 settembre 2015, n. 17929; Cass., 20 maggio 1993, n. 5744, tutte in *Dejure*.

⁵³ Salvo che non si acceda all’ipotesi alquanto ambigua di *verità interinale*, su cui *amplius* A. Vallebona, *L’inversione dell’onere della prova nel diritto del lavoro*, in RTDPC, 1992, 812.

dovrebbe sempre consentire alla piattaforma di provare l'inesistenza del fatto attraverso qualunque strumento. Tale prova contraria potrà vertere, dunque, sul fatto opposto a quello presunto ovvero su fatti incompatibili con l'esistenza del fatto presunto.

In tal senso, non v'è dubbio che la piattaforma potrà, per esempio, dedurre la radicale assenza degli elementi tipici del rapporto di lavoro subordinato ovvero della collaborazione etero-organizzata; dimostrare l'assenza di qualsiasi ingerenza del committente nell'individuazione delle modalità esecutive della prestazione, l'estraneità dell'attività del collaboratore rispetto all'organizzazione nella quale si inserisce, il mero coordinamento tra le parti. Così come la verifica della qualità dei risultati di lavoro risulterà irrilevante ai fini della presunzione se collegata all'uso di recensioni o valutazioni da parte dei destinatari del servizio.

Il corto circuito interpretativo diventa palese allorché ci si imbatte nel delicato tema della libertà del lavoratore di scegliere se e quando eseguire la prestazione di lavoro ritenuta dagli estensori della proposta di direttiva caratteristica del vero lavoro autonomo⁵⁴. Una questione sicuramente urticante che ha visto la recente giurisprudenza italiana depotenziare il concetto di libertà⁵⁵, al più inquadrandolo nella categoria della etero-organizzazione⁵⁶. E gli stessi ambigui riflessi possono scorgersi nella giurisprudenza della Corte di giustizia, ai fini della qualificazione del contratto, tra irrilevanza dell'obbligo di accettare un incarico⁵⁷ e valorizzazione, invece, della dimensione negoziale in grado di escludere la subordinazione⁵⁸.

Da questo rapido sguardo, mi sembra di ipotizzare che la scelta della presunzione, almeno come così attualmente formulata, seppur all'interno di una profonda differenza strutturale⁵⁹, soffra degli stessi vizi di origine di quella spagnola e difficilmente restituirà quella certezza tanto agognata⁶⁰.

4. Alcune brevi osservazioni conclusive.

L'enorme contenzioso ha suggerito alla Commissione di agevolare il percorso dei lavoratori in vista di una corretta (ri)qualificazione del rapporto⁶¹, in relazione alle istanze del sindacato

⁵⁴ Cfr. Considerando n. 25 alla proposta di direttiva. Cfr. 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](#), in *LDE*, 2022, 3.

⁵⁵ Trib. Milano, 20 aprile 2022, n. 1018, in *Dejure*.

⁵⁶ Trib. Bologna, 24 febbraio 2022, n. 111, in *Dejure*.

⁵⁷ Corte giust., 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*, punto 72.

⁵⁸ Corte di giustizia 22 aprile 2020, *Yodel Delivery Network*, C-692/19, punto 38.

⁵⁹ Non mi pare invece condivisibile discorrere di "analoga previsione introdotta in Spagna" come invece affermato da M. Barbieri, *Prime osservazioni*, cit., 12.

⁶⁰ Per un confronto invece tra la presunzione eurounitaria e quella californiana v. M. Biasi, *Lavoro tramite piattaforma e presunzione relativa di subordinazione: ABC-Test californiano e proposta di Direttiva europea a confronto*, in *Questa Rivista*.

⁶¹ G. Bronzini, *op. cit.*, 5.

sovranzionale⁶², nonché sulla scorta delle sentenze nazionali prevalentemente orientate a illuminare un “concetto antico”⁶³.

Tuttavia, non è sufficiente pronunciare la frase *fiat lux* per generare la luce.

La presunzione diventa uno strumento al servizio della forza espansiva del diritto del lavoro, almeno nella logica della perfetta simmetria tra la fattispecie subordinazione e il social tipo del lavoratore protetto.

La necessità di ricorrere a tale tecnica normativa rappresenta un chiaro indice del grado di maturità raggiunto dal sistema di tutele. Un sistema debole oscillante tra iperprotetti e sottoprotetti rischia di non risolvere, almeno nel breve periodo, la fase di incertezza applicativa se ci si limita a incidere sulla qualificazione giudiziale dei rapporti di lavoro.

Anche blindandola di fronte a possibili interpretazioni distorsive, lo strumento della presunzione non delinea una risposta adeguata rispetto al fenomeno in questione.

Il problema è allora metodologico⁶⁴.

Il tentativo di fuga dal diritto del lavoro⁶⁵, muoversi dentro e fuori la subordinazione⁶⁶, andare oltre⁶⁷ sono tutte espressioni emblematiche di una insofferenza epistemologica, di un “disagio teorico”⁶⁸ rispetto alle tradizionali impostazioni concettuali.

La pulsione del sistema economico alla deregolamentazione non nasce certo con la *gig economy*. Ogni epoca ha avuto la sua specifica *economy*.

⁶² Cfr. European Social Partners Framework Agreement on Digitalisation (22 giugno 2020) sottoscritto tra l'ETUC (European Trade Union Confederation) e le organizzazioni datoriali a livello europeo (BusinessEurope, Ceep, Sme United). Come si legge nella relazione alla proposta di direttiva: “I sindacati hanno chiesto una direttiva basata sull'articolo 153, paragrafo 2, TFUE che preveda la presunzione relativa di un rapporto di lavoro con inversione dell'onere della prova e una serie di criteri per la verifica della situazione occupazionale. Essi hanno sostenuto che tale strumento dovrebbe applicarsi sia alle piattaforme online che alle piattaforme in loco. I sindacati hanno inoltre sostenuto l'introduzione di nuovi diritti connessi alla gestione algoritmica nell'ambito dell'occupazione e si sono generalmente opposti a un terzo status per le persone che lavorano mediante piattaforme digitali. Hanno sottolineato la necessità di un dialogo sociale”.

⁶³ M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *LLI*, 2020, 2, 63 ss.

⁶⁴ Già L. Nogler, *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 1997, 315.

⁶⁵ P. Ichino, *La fuga dal diritto del lavoro*, in *DD*, 1990, 69 ss.; F. Liso, *La fuga dal diritto del lavoro*, in *IS*, 1992, 28, 1 ss.

⁶⁶ Recentemente, L. Gaeta, *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*, in *LLI*, 2020, 6, 2, 68.

⁶⁷ M. D'Antona, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, 1989, 43 ss. Un concetto espresso in diversi articoli da A. Perulli. Tra i tanti si rinvia alla sua recente monografia *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2022.

⁶⁸ Evidenziato già da M. D'Antona, *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, in *RCDP*, 1988, 195. Un disagio che riguarda tutte quelle scienze “che hanno ad oggetto i fenomeni della produzione e ne soffrono le trasformazioni radicali in atto”.

A fronte del *motus velocior* assunto dal tema *de qua* è allora necessario afferrare Proteo⁶⁹, dio multiforme, sfuggente, inafferrabile, cangiante. Afferrarlo non è semplice. Il suo continuo mutamento serve a eludere la presa, ma riuscirci significa cogliere l'inquietudine della metamorfosi. E la previsione di una presunzione di subordinazione sembrerebbe proprio alludere a tale complesso tentativo di rispondere non più a un'anacronistica invisibilità del mercato, bensì alla visibilità del suo polimorfismo. Ed è in ciò che risiede il nucleo fondamentale dell'economia delle piattaforme. Bisogna afferrarlo per impedire, o almeno tentare di intercettare, il divenire delle sue trasformazioni.

Afferrare Proteo, il suo volto cangiante, per cogliere, nei profili innovativi del lavoro tradizionale e, dunque, nella continua mutazione della nostra materia, uno sguardo di giustizia sociale. Afferrarlo significa non rendere obsoleto l'attuale armamentario di norme e principi, il codice protettivo messo a garanzia del lavoro subordinato⁷⁰.

Senonché, la subordinazione ha esteso così tanto il suo raggio di azione, la sua *vis expansiva*, da connotare l'intero universo lavoristico, convertendosi “nel termine di una classe universale” e “respingendo l'altro termine fuori dell'universo”⁷¹.

In tal senso, non si tratta certo di dichiarare “l'*echec*” della capacità di tenuta del sistema normativo e concettuale della subordinazione⁷², ma – come è stato ben colto – di individuare “ciò che è rimasto escluso dal perimetro delle tutele e che oggi, nelle nuove forme in cui si manifesta, reclama la sua appartenenza al continuum che dalla subordinazione porta all'autonomia, e chiede riconoscimento da parte del diritto del lavoro”⁷³.

Un attraversamento della subordinazione sì, ma pur sempre in chiave garantistica.

La subordinazione si sostanzia in un complesso di proprietà che stanno in relazione. Queste proprietà congiunte rendono visibile l'unità. La subordinazione è in sé *indicibile*⁷⁴, non determinabile nella sua singolarità, solo *indicabile*.

⁶⁹ La sua propensione al futuro ben si attaglia al nostro discorso. È d'obbligo il rinvio, in particolare, al numero monografico dei *Quaderni della Rivista trimestrale*, 1980, n. 62/63. Nella dottrina lavoristica, per uno sguardo d'insieme sul diritto del lavoro di inizio secolo, v. G. Ghezzi, *Dove va il diritto del lavoro? Afferrare Proteo*, in *LD*, 2002, 333 ss.

⁷⁰ Cfr. M. Grandi, *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, 1986, 79.

⁷¹ N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, 1977, 147.

⁷² M. Grandi, *op. cit.*, 89.

⁷³ Perulli A., *op. cit.*, X.

⁷⁴ L'assenza di una definizione europea sembra dimostrarlo, così come per rimanere all'interno dell'oggetto del presente contributo, l'art. 2094 c.c., com'è ampiamente noto, offre “solo” una definizione di lavoratore subordinato. Anche in Spagna, come si è accennato, esiste invero una definizione tautologica.

Non che la subordinazione sia un mistero. Per essere percepita, deve essere vista sullo sfondo del tutto, in rapporto ad altro, attraverso una valutazione globale, complessiva, circostanziale del rapporto in cui si svolge. Tuttavia, ogni esperienza del visibile spinge più lontano, dunque al di là della accennata dicotomia, “così lontano che gli opposti, non essendo più in competizione, sono in quiete l'uno con l'altro, coestensivi l'uno all'altro”⁷⁵.

Bisognerebbe allora non sottovalutare quel riferimento ai “diritti minimi” oltre la subordinazione⁷⁶, e soprattutto alla corretta determinazione della situazione occupazionale che non significa necessariamente riconoscere *sic et simpliciter* un rapporto di lavoro subordinato *hasta la muerte*.

⁷⁵ M. Merleau-Ponty, *Le visible et l'invisible*, Gallimard, 1964, 76-77, tr.it. di A. Bonomi, *Il visibile e l'invisibile*, Bompiani, 1969, 79.

⁷⁶ Mi sembra questo l'auspicio di C. Ponterio, *op. cit.*, 13. Cfr. le riflessioni conclusive di M. Biasi, *Le (in)attese ricadute di un approccio rimediale al lavoro tramite piattaforma digitale*, in *Giur. It.*, 2020, 7, 1813. V. altresì F. Martelloni, *Il diritto del lavoro alla ricerca del tempo perduto*, in *LDE*, 3, 2021, 11-12.