

Numero 1 / 2020

(estratto)

Valerio Speciale

**Prime osservazioni alla sentenza della
Cassazione n. 1663 del 2020 sui *riders***

Prime osservazioni alla sentenza della Cassazione n. 1663 del 2020 sui *riders*

Valerio Speciale

Università "Gabriele D'Annunzio" di Chieti

Sommario: 1. Premessa. 2 L'art. 2 del d.lgs. 81/2015 come “*norma apparente*”. 3. Le finalità della disciplina delle collaborazioni eterorganizzate e della riforma del 2019. 4. Le collaborazioni previste dall'art. 2 del d.lgs. 81/2015 non sono un *tertium genus* tra autonomia e subordinazione. 5. La nozione di etero organizzazione. 6. La etero organizzazione dei *riders*. 7. La differenza tra etero organizzazione e il coordinamento di cui all'art. 409, c. 1, n. 3, c.p.c. 8. La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni eterorganizzate. 9. Conclusioni.

1. La decisione della Cassazione sui *riders* era particolarmente attesa. Bisognava infatti fornire la prima interpretazione dei giudici di legittimità in relazione ad una disposizione, l'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, che ha dato vita ad un intenso dibattito dottrinario e, in tempi recenti, a due sentenze (Tribunale di Torino 11 aprile 2018, n. 778 e Corte di Appello della stessa città del 4 febbraio 2019, n. 26) entrambe riferite ai ciclofattorini e con esiti molto diversi. La Suprema Corte era dunque chiamata a dare il suo orientamento su questioni interpretative assai controverse, che non riguardano solo questa nuova categoria di lavoratori, ma anche le stesse nozioni di autonomia e subordinazione. L'importanza del tema è dimostrata anche dalla relativa celerità con cui la decisione della Cassazione è stata emanata, in considerazione dei tempi usuali di pubblicazione delle pronunce da parte della Corte.

La sentenza, anche se scritta molto bene, mi sembra lasci molti problemi aperti. Mi propongo di esaminare gli aspetti fondamentali delle argomentazioni espresse dalla Corte, con alcune prime osservazioni critiche, che richiederebbero un'analisi molto più approfondita diversa da questo breve commento “a caldo”.

2. In primo luogo, viene negata la tesi, espressa dalla decisione del Tribunale di Torino, ma non accolta dalla Corte di Appello, della “*norma apparente*”, intesa come disposizione incapace come tale di produrre effetti nell’ordinamento giuridico, in quanto essa altro non farebbe che descrivere in forma diversa le caratteristiche della subordinazione previste dall’articolo 2094 del codice civile.

In questo caso la Cassazione rileva come, a fronte di concetti giuridici nuovi, “*l’interprete non può che aggiornare l’esegesi a partire da essi, sforzandosi di dare alle norme un senso*” (paragrafo 17). La tesi è sicuramente condivisibile in via generale. In realtà l’affermazione della “*norma apparente*” non ha senso anche nell’ottica di coloro che ritenevano la formulazione dell’articolo 2 del d.lgs. 81/2015 non foss’altro che una riscrittura, in chiave più moderna, di quanto previsto dall’articolo 2094 del codice civile (secondo quanto affermato dalla società ricorrente nel paragrafo 2). Anche io ero tra coloro che aderivano a tale interpretazione. Ma, ammesso che questa fosse la lettura corretta, non si può mai parlare di una “*norma apparente*” non produttiva di effetti giuridici. Essa, infatti, per il solo fatto di essere tipizzata quale disposizione formalmente contenuta in un testo legislativo, determina effetti rilevanti per il diritto. Senza contare che, se potesse essere accolta la tesi di una riformulazione in chiave più moderna dell’articolo 2094 del codice, la disposizione era in ogni caso dotata di un suo contenuto precettivo, perché “*rileggere*” la definizione di subordinazione vuol dire esprimere un diverso concetto giuridico.

La Corte si è limitata ad affermare quanto sopra descritto senza peraltro utilizzare le argomentazioni da me qui espresse.

3. Mi sembra corretta la ricostruzione dell’art. 2 del d.lgs. 81/2015 come inteso a svolgere “*una funzione antielusiva*” (paragrafo 23), con la valorizzazione di “*indici fattuali*” (personalità, continuità, eterorganizzazione) (paragrafo 24) al fine di tutelare quelle forme di lavoro che sono nella “*zona grigia*” tra autonomia e subordinazione (paragrafo 27). Ed è di rilievo l’affermazione, del tutto condivisibile, secondo cui

L'estensione delle discipline del lavoro subordinato a questi lavoratori autonomi è giustificata dalla esigenza di *“tutela di una posizione lavorativa più debole, per l'evidente asimmetria tra committente lavoratore, con l'esigenza di un regime di tutela più forte, in funzione equilibratrice”* (paragrafo 60).

La sentenza analizza anche la riforma dell'articolo 2 del d.lgs. 81/2015 introdotta nel 2019. Rileva come le innovazioni abbiano l'intento *“di incoraggiare interpretazioni non restrittive”* della nozione di etero organizzazione, soprattutto con l'eliminazione delle parole *“anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”* (paragrafo 27). Mi sembra una interpretazione corretta.

4. La pronuncia nega che l'articolo 2 del d.lgs 81/2015 possa essere considerato come un *tertium genus* tra autonomia e subordinazione (paragrafo 38). Infatti, secondo la Corte, non ha senso interrogarsi se queste forme di collaborazione siano collocabili nel campo del lavoro subordinato o autonomo, perché ciò che è importante è che l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme connesse al contratto previsto dall'art. 2094 c.c., *“disegnando una norma di disciplina”* (paragrafo 25), che *“non crea una nuova fattispecie”* (paragrafo 39)

In verità, la stessa Corte si sforza poi di individuare le caratteristiche della etero organizzazione e di distinguerla dalla coordinamento di cui all'articolo 409, comma primo, numero 3, c.p.c. Anche se non lo dice espressamente, mi sembra si possa affermare che la decisione non sembra voler assimilare la organizzazione del lavoro da parte del committente alla subordinazione vera e propria. Anche se poi essa afferma che *“quando l'etero organizzazione, accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione, è marcata al punto da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente, si impone una protezione equivalente e, quindi, il rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato”* (paragrafo 26).

Qui, dunque, sembrerebbe che, in relazione al profilo organizzativo, l'art. 2 del d.lgs. 81/2015 sia in qualche misura assimilabile all'articolo 2094 del codice civile.

Si tratta di uno degli aspetti più lacunosi della sentenza. La Corte di appello di Torino, con criteri a mio giudizio discutibili, aveva cercato di delineare una distinzione concettuale tra etero direzione ed etero organizzazione. La Cassazione, al contrario, non mi sembra che su tale aspetto si esprima con chiarezza, anche perché non cita mai il potere direttivo e l'etero direzione.

Ora è evidente che se l'etero organizzazione è un elemento distinto sia dalla collaborazione continuativa e coordinata, sia dalla subordinazione, essa verrebbe a costituire un *tertium genus*. Ma poiché la sentenza nega tale aspetto e se si guardano le parole sopra descritte, si potrebbe arrivare alla affermazione che, a giudizio della Suprema Corte, la etero organizzazione coincida con la fattispecie prevista dall'articolo 2094 del codice civile.

La formula dubitativa è d'obbligo, perché su tale questione la decisione non è chiara.

5. La sentenza si sofferma sul concetto di etero organizzazione. Essa viene ricondotta *“ad elemento di un rapporto di collaborazione funzionale con l'organizzazione del committente, cosicché le prestazioni del lavoratore possano, secondo la modulazione unilateralmente disposta dal primo, opportunamente inserirsi ed integrarsi con la sua organizzazione d'impresa”* (paragrafo 32).

La Corte confuta quanto affermato dai ricorrenti, secondo i quali la parola “anche” *“dimostrerebbe che le tutele del lavoro subordinato garantite dall'art. 2 richiedono non una semplice etero determinazione di tempi e luogo della prestazione, tantomeno in termini di mera ‘possibilità’, ma ‘una ingerenza più pregnante nello svolgimento della collaborazione, eccedente quindi tale etero determinazione”* (paragrafo 29).

In verità *“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”* (paragrafo 34). *“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 più volte fatto 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 descrittivo tra l'area dell'autonomia e quella della subordinazione" (paragrafo 35).

Se la determinazione dei tempi e del luogo di lavoro è solo una possibilità, in ogni caso la *"eterorganizzazione rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina della subordinazione"* può essere ravvisata *"anche quando il committente si limiti a determinare unilateralmente il quando e il dove della prestazione personale e continuativa"* (paragrafo 36).

La interpretazione della parola *"anche"* effettuata dalla Corte corrisponde a quanto recentemente sostenuto da Adalberto Perulli in un suo bel saggio di prossima pubblicazione sulla RIDL (*La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente. Note al d.lgs. n. 81/2015*). Tale lettura, tuttavia, a mio giudizio si scontra con la formulazione linguistica della disposizione. La successione delle parole, lette nel loro contesto, dimostra chiaramente come il significato sia un altro: l'organizzazione da parte del committente non deve riguardare soltanto il tempo e il luogo di lavoro ma *"anche"* qualcos'altro. E questo elemento aggiuntivo non poteva che essere la determinazione delle modalità esecutive della prestazione. Leggere quella congiunzione come espressiva di una mera possibilità significa alterare il senso di parole che, da questo punto di vista, sono assai chiare.

Oggi comunque il problema non si pone più perché queste espressioni sono state eliminate. Rimane il fatto che per la Corte la etero organizzazione - cioè la collaborazione funzionale con l'organizzazione del committente che consenta alla prestazione di servizi di inserirsi ed integrarsi con la organizzazione d'impresa - può coincidere anche con la definizione del tempo e del luogo di lavoro, senza tuttavia che questa predeterminazione sia essenziale ai fini della individuazione della nozione di etero organizzazione. La Cassazione non si sofferma ulteriormente sul concetto e non spiega, ad esempio, in quali forme possa la etero organizzazione realizzarsi quando il committente non individua *"il quando e il dove della prestazione personale e continuativa"*. Il concetto viene dunque lasciato indeterminato, particolarmente in

relazione alla fattispecie generale prevista dall'articolo 2 del d.lgs 81/2015 nella formulazione antecedente a quella oggi prevista.

6. La pronuncia della Corte conferma poi la nozione di etero organizzazione adottata dalla Corte d'appello torinese in relazione ai *riders*. Essa infatti sostiene che la sentenza impugnata *“ha individuato l'organizzazione impressa ai tempi e al luogo di lavoro come significativa di una specificazione ulteriore dell'obbligo di coordinamento delle prestazioni, con l'imposizione di vincoli spaziali e temporali emergenti dalla ricostruzione del regolamento contrattuale e delle modalità di esecuzione delle prestazioni. In particolare, sotto il primo profilo, valorizzando l'impegno del lavoratore, una volta candidatosi per la corsa, ad effettuare la consegna tassativamente entro 30 minuti dall'orario indicato per il ritiro del cibo, sotto comminatoria di una penale”* (paragrafo 51). Nel medesimo paragrafo poi si sottolinea l'ingerenza della committente sulle modalità di esecuzione della prestazione (andare all'inizio del turno in una delle zone di partenza predefinite ed attivare l'app inserendo le credenziali e avviando la geo localizzazione; l'obbligo di recarsi presso il ristorante con la propria bicicletta, prendere in consegna i prodotti, controllarne la corrispondenza con l'ordine e comunicare tramite apposito comando dell'applicazione il buon esito dell'operazione; l'obbligo di consegna del cibo al cliente, del cui indirizzo il rider ha ricevuto comunicazione sempre tramite l'applicazione, e di conferma della regolare consegna).

La Corte poi prosegue sostenendo che *“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 all'art. 2, comma 1, Dl Gs n. 81 del 2015”* (paragrafo 52).

In questo caso, la Cassazione giustamente sottolinea come, in relazione alla concreta esecuzione del rapporto, la ingerenza da parte del committente configuri una forma molto accentuata di etero organizzazione. Tuttavia la medesima Corte non tiene

conto che l'esercizio del potere direttivo e gli altri indici di subordinazione sono, in base al modello tipologico (adottato dalla stessa Cassazione), strettamente correlati alle caratteristiche del lavoro da svolgere. Come avevo già osservato in passato proprio in relazione *riders*, nella misura in cui il committente, attraverso la piattaforma, individua la prestazione da eseguirsi (la consegna di beni), il soggetto presso cui il bene da consegnare deve essere ritirato, il destinatario della consegna e il tempo entro cui essa deve essere effettuata, di fatto, vi è la predeterminazione delle modalità esecutive della prestazione, in quanto in capo al rider rimane soltanto la possibilità di scegliere il percorso. Il che significa predefinire il 90% del contenuto della prestazione. Dunque, se si guarda concretamente alle forme di esercizio del potere di direzione e conformazione delle modalità esecutive in relazione al contenuto concreto dell'attività lavorativa svolta, necessariamente si dovrebbe affermare che si è in presenza di lavoro subordinato.

Ma se è così, in questo caso la etero organizzazione da parte del committente ha un contenuto del tutto analogo a quello che sarebbe esercitato da un datore di lavoro che avesse assunto il ciclofattorino. Se ne deve dunque dedurre, in base alla sentenza, che la organizzazione dei *riders* equivale alla eterodirezione e alla dipendenza di cui all'art. 2094 c.c.? Qui, ancora una volta, mi sembra che non vi sia chiarezza.

Tra l'altro la Corte sostiene che la possibilità di non accettare la prestazione offerta conferma "*l'autonomia del lavoratore nella fase genetica del rapporto*" (paragrafo 52). Un'affermazione certamente condivisibile.

Qui però i giudici di legittimità non prendono in considerazione la loro giurisprudenza in tema di agenzie ippiche. In questo caso, con la sentenza n. 3457/2018, la Corte ha espressamente affermato che la libertà di accettare o non accettare l'offerta e di presentarsi o non presentarsi al lavoro e senza necessità di giustificazione sarebbe un elemento esterno al contratto di lavoro e non inciderebbe sulla natura del rapporto. La decisione è confermata da altri precedenti della

Cassazione (citati da M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, LLI, 5, p. 20, nt. 55).

A me sembra che queste affermazioni della Corte Suprema, sicuramente comprensibili nella misura in cui vogliono estendere le tutele della subordinazione ad alcune categorie di lavoratori in condizioni di debolezza contrattuale, sono inaccettabili sotto il profilo teorico. Il vincolo della subordinazione presuppone l'obbligo di effettuare l'attività lavorativa. Lo svolgimento della prestazione è l'obbligazione fondamentale a carico del lavoratore all'interno del contratto di lavoro subordinato, con le modalità previste dall'articolo 2094 che incidono sul contenuto di una attività a cui lavoratore non può sottrarsi se non nei casi tassativamente previsti dalla legge (ferie, malattie, permessi, impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile e così via).

Proprio in considerazione tale aspetto, e tenendo conto che per i *riders* la possibilità di rifiutare la chiamata è contrattualmente prevista a livello individuale, mi sembra che questo sia proprio l'argomento più forte per sostenere il carattere autonomo delle prestazioni di questi lavoratori. Anzi in questo modo si dà un senso alle disposizioni contenute nell'articolo 47 bis del d.lgs. 81/2015. Esse, infatti, depongono assolutamente a favore di una qualificazione in senso di lavoro subordinato per soggetti che operano con piattaforme digitali che fissano il compenso e determinano le modalità di esecuzione della prestazione. E proprio l'assenza di un obbligo di effettuare la prestazione a poter giustificare il carattere autonomo dell'attività lavorativa (altrimenti insostenibile).

Va messo in rilievo che questa problematica non è minimamente presa in considerazione dalla sentenza n. 1663/2020.

7. La Cassazione, poi, si preoccupa di definire la differenza tra l'etero organizzazione e il coordinamento nei contratti di collaborazione continuativa e coordinata di cui all'articolo 409, comma 1, n. 3, c.p.c.

In questo caso la distinzione viene basata, con riferimento anche alla formulazione letterale dell'articolo 409, sul fatto che nella disposizione del codice di procedura civile “*le modalità di coordinamento sono stabilite di comune accordo tra le parti, mentre nel caso preso in considerazione da quest’ultima disposizione (ndr: art. 2, comma 1, d.lgs. 81/2015) tali modalità sono imposte dal committente, il che integra per l’appunto la etero organizzazione che dà luogo all’applicazione della disciplina del lavoro subordinato*” (paragrafo 53).

Qui dunque la Corte sembra voler dire che non vi è una differenza qualitativa e quantitativa tra “*coordinamento*” ed “*etero organizzazione*”, in quanto la distinzione starebbe tutta soltanto nella consensualità della prima e nella unilateralità della seconda. Il che non costituisce certo un elemento di chiarificazione. Da un lato infatti il coordinamento può avere un contenuto meno incisivo della etero organizzazione. Si pensi alla predeterminazione di fasce orarie entro il quale effettuare delle prestazioni di lavoro autonomo. Mi chiedo: se tale elemento è imposto unilateralmente dal committente, esso è sufficiente a qualificare come etero organizzate le attività lavorative, con la conseguente applicazione della disciplina della subordinazione? In questo modo non si viene ad estendere l’ambito di applicazione dell’articolo 2 del d.lgs. n. 81/2015 in modo eccessivo, riducendo in misura troppo drastica l’area delle collaborazioni continuative e coordinate non etero organizzate? Va ricordato che l’esempio fatto (la predeterminazione delle fasce orarie) è per Adalberto Perulli, nel saggio di prossima pubblicazione sulla *RIDL*, un indice della etero organizzazione, a dimostrazione della difficoltà di individuare, sul piano concreto, differenze specifiche con quanto previsto dall’art. 409, c. 1, n. 3, c.p.c.

In questo modo, inoltre, si eliminerebbe qualsiasi distinzione tra coordinamento ed etero organizzazione, basando tutto sul fatto che nel primo caso vi sarebbe il consenso delle parti. Un consenso che scaturirebbe dalla sottoscrizione del contratto di collaborazione e che toglierebbe, nel momento genetico, qualsiasi capacità di differenziazione (visto che il lavoratore firmerebbe sempre, per evidenti ragioni, l’accordo). Con la conseguenza che solo un mutamento delle modalità di

coordinamento effettuate nella esecuzione del contratto (ad es. un cambio unilaterale delle fasce orarie) potrebbe assumere un rilievo capace di distinguere coordinamento ed eterodirezione.

Un'ultima considerazione: a me sembra che, anche alla luce della giurisprudenza che si era formata sull'art. 409, c. 1, n. 3 c.p.c. il coordinamento fosse qualcosa di meno incisivo e di invasivo della etero organizzazione, con una differenza che dovrebbe essere sia quantitativa che qualitativa.

8. La sentenza poi afferma che l'articolo 2 *“non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile, che non potrebbe essere affidata ex post alla variabile interpretazione dei singoli giudici. In passato, quando il legislatore ha voluto assimilare o equiparare situazioni diverse al lavoro subordinato, ha precisato quali parti della disciplina della subordinazione dovevano trovare applicazione”* (paragrafo 40, con l'analitica individuazione dei casi in cui il legislatore ha selezionato le tutele). Si dovrebbe quindi ritenere che, una volta individuata la etero organizzazione da parte del committente, tutte le discipline del lavoro subordinato dovrebbero trovare applicazione senza possibilità di distinzione tra l'una e l'altra. Una tesi sicuramente sostenibile alla luce della formulazione letterale della norma.

Poi però la Cassazione afferma che *“non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie la regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 cod. civ., ma si tratta di questione non rilevante nel caso sottoposto all'esame di questa Corte”* (paragrafo 41). Qui dunque il giudice di legittimità reintroduce un principio di compatibilità che è escluso dalla formulazione letterale. Si tratta di un altro elemento di evidente contraddizione nella argomentazione seguita dalla Corte.

9. Alcune affermazioni della sentenza mi sembrano convincenti. Penso, ad esempio, alla negazione della tesi della *“norma apparente”*. O alla affermazione per cui l'art. 2 del d.lgs. 81/2015 svolge una funzione antielusiva nella zona grigia del lavoro

autonomo e a protezione di un contraente debole. E mi sembra condivisibile anche sostenere che l'intento della riforma dell'articolo 2 del d.lgs. 81/2015 realizzata nel 2019 è quello di ampliare la fattispecie rispetto al testo precedente.

La decisione tuttavia:

- a) non spiega in modo chiaro la differenza tra etero organizzazione ed eterodirezione e dipendenza;
- b) sembra far coincidere i concetti di etero organizzazione ed eterodirezione, anche perché nega che l'articolo 2 del d.lgs. 81/2015 possa costituire un *tertium genus*;
- c) non definisce in modo dettagliato che cosa sia la etero organizzazione, salvo nel caso in cui vi sia la predeterminazione del tempo e del luogo di lavoro, che costituisce però una semplice possibilità e non un elemento che debba necessariamente sussistere. Quando non vi è tale predeterminazione, in che consiste la etero organizzazione?;
- d) delinea una distinzione tra coordinamento ed etero organizzazione basato solo sulla presenza o meno del consenso del lavoratore (che è elemento scarsamente rilevante) e senza che venga delineata una differenza quantitativa e qualitativa tra le due concetti;
- e) per i *riders* sembra dire che la possibilità di rifiutare la chiamata è indice di autonomia (ma non prende in considerazione la sua stessa giurisprudenza sui lavoratori delle agenzie ippiche che non dà rilievo a tale aspetto). Poi descrive le modalità esecutive delle prestazioni di questi lavoratori che qualifica come etero organizzazione (secondo quanto affermato dalla Corte di appello di Torino), ma che hanno caratteristiche tali da coincidere con la fattispecie dell'articolo 2094 c.c. Sono dunque la stessa cosa?
- f) è totalmente discutibile nella selezione delle discipline applicabili, dove reintroduce il concetto di "incompatibilità oggettiva" rispetto alle caratteristiche del lavoro autonomo etero organizzato che aveva invece escluso in precedenza.