

Tiziano Treu

Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy

(doi: 10.1441/88398)

Lavoro e diritto (ISSN 1120-947X)

Fascicolo 3-4, estate-autunno 2017

Ente di afferenza:

Università degli Studi di Bergamo (Unibg)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Rimedi e sanzioni nel diritto del lavoro in trasformazione

Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della *Gig economy*

di Tiziano Treu

Sommario: 1. La polisemia del termine rimedi nell'ordinamento nordamericano. - 2. Rimedi e categorie nei lavori della *Gig economy*. - 3. Diversi criteri identificatori della Common Law e della legislazione USA. - 4. Insufficienza degli indici tradizionali e giudizi contrastanti delle Corti USA. - 5. Le richieste in giudizio: rimedi specifici, non riconoscimento della natura del rapporto. - 6. Il rinvio a principi generali di *fairness*, a concetti socio economici e a criteri teleologici. - 7. Raffronti comparati: proposte di una terza categoria. - 8. La concezione funzionale dell'impresa e la frammentazione della figura del datore di lavoro. - 9. Le risposte del legislatore italiano: diversificazione e flessibilizzazione dei tipi. - 10. Segmentazione e osmosi delle discipline. - 11. I poteri derogatori della contrattazione e l'art. 2 del d.lgs. 81/2015. - 12. Le maglie larghe della disciplina del lavoro accessorio e del lavoro agile. - 13. Il superamento della unitarietà normativa della categoria lavoro subordinato. - 14. I criteri ordinatori di una disciplina differenziata.

1. *La polisemia del termine rimedi nell'ordinamento nordamericano*

Il tema di questo numero della rivista non è consueto nella riflessione giuslavoristica, né in realtà nella nostra cultura giuridica. Averlo proposto è uno stimolo positivo a uscire dagli usuali dibattiti domestici, invero spesso stucchevoli. Ma presenta non poche difficoltà sia terminologiche (quali significati privilegiare del termine), sia concettuali e di impostazione metodologica. Basta osservare anche superficialmente la sterminata letteratura giuridica nordamericana sui rimedi per accorgersi della polisemia del termine e della prospettiva tutt'affatto distante dalla nostra con cui esso viene visto dai giuristi e dai giudici di quel sistema.

Quella dei rimedi è una prospettiva metodologica generale, non specifica di un settore del diritto, come ho avuto modo di verificare quando ho cercato contributi significativi dei giuslavoristi sul tema¹.

¹ È significativo che nei vari *Restatements of the law* periodicamente prodotti negli USA all'inizio ci furono resistenze, in particolare nel *labor law group*, a introdurre un capitolo sul diritto del lavoro (*employment law*), perché poteva "congelare" il diritto in forme inadeguate; secondo altri perché i precedenti così sistemati erano troppo (*deferential*) fa-

Gli studi storici in argomento mostrano come l'approccio rimediale, da sempre presente nella giurisprudenza statunitense, abbia attirato l'interesse generale della dottrina e dell'insegnamento universitario, fino a diventare un oggetto di studio fondamentale per la formazione dei giuristi di quel paese. I capitoli di questa disciplina, come viene insegnata nei dipartimenti ad essa dedicati, confermano il carattere trasversale e la eterogeneità dei suoi contenuti che sfuggirono da qualificazioni precise secondo i nostri parametri. Infatti la si definisce materia «*transsubstantive*» collocata fra il diritto sostanziale e il diritto processuale (Laycock 2008, p. 266).

I vari profili della materia hanno in comune una impostazione di fondo che è significativa in sede di analisi scientifica, ma anche di approccio pratico e di insegnamento. Essere «*remedial conscious*» significa «*think of available remedies rather than of liability in general*».

A sottolineare l'importanza dell'approccio rimediale nel sistema USA si afferma che i «*remedies encompass the whole of the law goals*», cioè comprendono il complesso degli obiettivi del diritto, perché senza rimedi effettivi non ci sono diritti ma solo «*illusory rights*»; talché spesso si limitano i rimedi per tagliare i diritti (Laycock 2008, pp. 243 e 239).

Per questo si considera la «*law of remedies as a social institution*», cioè una istituzione socialmente utile, se attraverso essa «si possono operare scelte deliberate utili a corrispondere ai bisogni della società» (il concetto è sviluppato da Wright 1955).

Affermazioni così nette non sono frequenti, a quanto mi consta, negli scritti giuridici italiani né nei corsi di insegnamento delle nostre università; e neppure nelle trattazioni di diritto del lavoro della cui effettività siamo o dovremmo essere tutti preoccupati.

Una buona parte delle ricerche sui rimedi negli Stati Uniti riguarda temi alquanto tecnici, relativi al tipo e all'uso delle sanzioni: ad esempio la scelta dei criteri e delle procedure per il calcolo del risarcimento dei danni nelle azioni contrattuali e in quelle «*in torts*». Analisi altrettanto specifiche sono dedicate ai presupposti e ai contenuti dei rimedi restitutori o reintegratori configurati in diverse varianti.

Le scelte teoriche e pratiche circa l'uso delle due grandi categorie di rimedi, risarcitori e restitutori o reintegratori, sono oggetto anche esse di analisi circostanziate; sono condotte non comparando in generale i caratteri dei rimedi, ma valutandone l'impatto in relazione ai beneficiari

vorevoli ai datori di lavoro. Tali dubbi sono ora superati ma non le diverse valutazioni di merito; e l'*Employment Law Restatement*, arrivato alla terza serie, è ampiamente analizzato nella prospettiva dei suoi rapporti con la giurisprudenza e i suoi obiettivi sociali: v. Sullivan 2015, p. 1391 ss. e anche Hyde 2012, p. 497 ss.

del singolo rimedio e al tipo di azione giuridica in questione². Non c'è traccia della contrapposizione generale, spesso ideologica, che caratterizza il nostro dibattito e le scelte relative quando si devono raffrontare questi tipi di rimedi nel diritto del lavoro: contrapposizioni che hanno raggiunto radicalità sconosciute anche in altri paesi europei, in particolare quando si è trattato di definire gli ambiti applicativi del risarcimento indennitario rispetto alla reintegrazione nel posto di lavoro dei lavoratori ingiustamente licenziati.

A conferma della polisemia del termine rimedi e della varietà di accezioni giuridiche in cui è usato dai giuristi degli Stati Uniti, l'approccio rimediale non riguarda solo i profili sanzionatori ma anche questioni sostanziali, che toccano l'impostazione di fondo del diritto del lavoro: cioè il significato delle sue categorie e delle tutele che le caratterizzano o, per usare una formulazione più vicina all'uso anglosassone, il modo di determinare diritti e doveri delle parti in un rapporto di lavoro controverso.

2. *Rimedi e categorie nei lavori della Gig economy*

Per esemplificare queste implicazioni sostanziali dell'approccio rimediale nella visione nordamericana e raffrontarle con l'impostazione del nostro diritto del lavoro intendo esaminare come i due ordinamenti affrontino uno dei temi controversi al centro dell'attenzione dei giuristi e dei giudici di tutti i paesi avanzati, cioè la qualificazione e la regolazione dei rapporti di lavoro gestiti su piattaforma digitale che sono emblematici della cosiddetta Gig economy.

La diffusione, per quanto ancora limitata, di queste forme di lavoro, sta proponendo in modo nuovo una questione da tempo critica per la nostra disciplina: cioè come ricondurre questi rapporti lontanissimi dalle forme note anche all'economia post fordista entro gli schemi tradizionali dei rapporti di lavoro, subordinato e autonomo; e quindi come regolare diritti e doveri delle parti.

Le analisi (anche) dei giuristi che si sono concentrati su questi lavori³ hanno messo in luce come le particolarità delle prestazioni investite dalle

² Si vedano i nove capitoli che compongono il recente *Restatement of employment law*, con i commenti di Sullivan 2015, p. 1392 ss.; con rilievi critici sia sui metodi di calcolo dei danni, sia sui criteri restrittivi per l'uso di «*affirmative relief*» ed «*equitable remedies*», a cominciare dagli ordini di reintegrazione dei lavoratori licenziati: Covington 2012, p. 811 ss.; analoghe critiche in Hyde 2012, p. 503 ss.

³ La letteratura è già considerevole, ma di qualità diseguale; anche la terminologia utilizzata è diversa: Cherry 2011. Cfr. nella dottrina giuridica degli USA: Aloisi 2016; De

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

L'impatto di queste tecnologie è lungi dall'essersi ancora pienamente manifestato; e quindi non si può apprezzare del tutto la portata delle discontinuità che esse possono introdurre nella quantità e nella qualità del lavoro. Ma le discontinuità appaiono più diffuse e diverse da quelle visibili nella diversificazione dei lavori da tempo in atto.

In realtà le forme con cui la Gig economy può influire su rapporti di lavoro sono diverse e alquanto variabili, come mostrano tutte le indagini, peraltro con previsioni incerte⁴.

Tali variazioni dipendono fra l'altro dalla funzione delle piattaforme e dalle modalità con cui queste organizzano lo scambio di servizi e delle attività. Qui intendo occuparmi in particolare dei lavori attuati "*on demand*" tramite una piattaforma digitale che non serve solo a intermediare fra domanda e offerta di servizi, ma organizza, con modalità spesso alquanto stringenti come vedremo, il lavoro delle persone coinvolte in queste attività. Mi concentro su queste forme perché sono quelle su cui si sono manifestati i problemi più acuti di regolazione e le controversie anche giudiziarie sulla natura dei rapporti di lavoro e sul trattamento dei prestatori.

Problemi diversi sono posti da altre forme di lavori virtuali o di «*crowdwork*», dove le prestazioni, spesso micro prestazioni, sono scambiate per il tramite di *app* o *websites* da soggetti che operano senza dipendere da organizzazioni altrui e, di massima, senza ricevere istruzioni dalle piattaforme. Questo tipo di prestazioni, secondo i criteri tradizionali, appaiono (più facilmente dell'altra), qualificabili come di lavoro autonomo, sia pure legato a strumenti digitali. Ma non per questo è scevro di rischi, come mostrano alcune esperienze già alquanto diffuse e controverse.

Stefano 2016c; Prassl, Risak 2016; De Stefano 2016b; Eurofound 2017; Degryse 2016; European Economic and Social Committee 2017. In Italia, fra i tanti, v. le analisi di Garasco, Sacchi, 2017, spec. n. 2; Donini 2015, p. 59. Per gli aspetti giuridici v. in generale Voza 2017; Tullini 2016a; Ead. 2017, p. 141 ss.; Perulli 2017, p. 195 ss.; De Stefano 2017, p. 241 ss.; Speciale 2017, p. 171 ss.; Weiss 2016, p. 659.

⁴ Anche la dimensione del fenomeno ne avvalorla la complessità. Alcune stime provenienti dagli USA indicano oltre 14 milioni di lavoratori coinvolti nella Gig economy, anche se a molti sembra un numero eccessivo e comunque di difficile accertamento.

Si tratta di una forma estrema di frammentazione del lavoro, distribuito in micro task fra una moltitudine di lavoratori, che rimangono spesso non solo senza tutele, ma ancor prima privi di qualsiasi «riconoscibilità» (Voza 2017). Si è osservato che la presenza di un *medium* digitale fra l'acquirente e il fornitore del servizio tenderebbe a far dimenticare l'esistenza di quest'ultimo, assimilandolo al servizio stesso e contribuendo a una marginalizzazione radicale della loro condizione (De Stefano 2016b; Id. 2017). In realtà i lavori su piattaforma digitale presentano caratteri diversi anche nelle relazioni fra loro e nel grado di dipendenza o autonomia rispetto alla piattaforma. Il filtro della piattaforma permette di esercitare, in automatico, diverse funzioni relative alla gestione dei rapporti di lavoro: dalla semplice distribuzione di compiti fra una moltitudine di *crowdworkers*, ad attività di coordinamento compatibili con il lavoro autonomo, fino alla determinazione delle modalità e del compenso delle prestazioni, tipica del lavoro subordinato (come per lo più nei casi Uber).

Questa diversa combinazione di funzioni – spesso variabili anche nel tempo e nei singoli rapporti – conferma la difficoltà di applicare a tali casi i criteri classificatori tradizionali per risolvere quello che è stato definito «il labirinto della qualificazione» (Voza 2017, p. 8). Più in radice induce a ritenere che il diffondersi dei lavori su piattaforma digitale può rappresentare una nuova fase nella struttura dell'occupazione⁵.

Il diffondersi di questi lavori digitali pone con urgenza la questione di quale sia la regolazione necessaria per garantire condizioni e protezioni adeguate ai soggetti in essi coinvolti; una questione, come si vedrà, da risolvere quale che sia la qualificazione giuridica del rapporto.

Le discontinuità introdotte dalle tecnologie digitali sono tanto più marcate in quanto tali tecnologie, congiunte con fenomeni strutturali come la globalizzazione, stanno introducendo anche nelle strutture produttive modifiche ulteriori.

Più in generale nella vulgata dei media e dei gestori del personale si prospetta un futuro di «*automatic management*» guidato dalle macchine intelligenti, che dovrebbero trasferire a un algoritmo il ruolo di datore di lavoro, o almeno alcune funzioni di esso.

⁵ Cfr. Cherry 2016, p. 599. L'A. tratteggia le principali differenze di tale modello rispetto a tutti gli aspetti del tradizionale rapporto di lavoro industriale. Nel contempo rileva come molte attività di *crowdworking* rappresentino un ritorno a forme del lavoro proto-industriale o anche preindustriali, per il ricorso alla remunerazione a cottimo e all'attività a domicilio senza quel tanto di stabilità e di garanzia raggiunte dai rapporti di lavoro nell'industria matura.

In ogni caso l'emergere dei lavori digitali ampiamente reclamizzato dai casi noti di Uber, Lyft e simili, ha aperto un nuovo capitolo (non solo una variante) degli annosi dibattiti relativi alla qualificazione e alla regolazione dei nuovi lavori. In particolare ha aumentato i dubbi sulla tenuta delle categorie qualificatorie tradizionali, a cominciare dalla subordinazione. Per i giuristi più riflessivi e preoccupati ha messo in discussione l'identità stessa del diritto del lavoro.

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

Ma sia le imprese della Gig economy sia le controversie su tali lavori digitali si sono diffuse rapidamente dai paesi anglosassoni all'Australia al Giappone, fino all'Europa; e ciò nonostante nel nostro continente e in Italia queste attività abbiano trovato non pochi ostacoli ad affermarsi nelle regole del diritto lavoro e soprattutto del diritto della concorrenza⁶.

Le prime reazioni poste in essere dai vari ordinamenti (qui mi limito a quelle riguardanti il lavoro) costituiscono un test significativo, uno dei tanti ma di grande importanza, di come la nostra materia risponda alle sfide del cambiamento. In effetti l'importanza della posta in gioco è percepita non solo dalla dottrina che nei diversi sistemi si è occupata di questo tema, ma anche dai giudici anglo-americani che sono legati ancora più dei nostri alla specificità del caso da decidere e che sono culturalmente orientati al pragmatismo più che alle teorizzazioni.

3. *Diversi criteri identificatori della Common law e della legislazione USA*

Le sentenze nordamericane e i relativi commenti dottrinali riconoscono che i criteri tradizionali sviluppati dalla giurisprudenza per qualificare il rapporto di lavoro subordinato, o meglio per decidere come regolare i diritti e doveri delle parti, sono messi in crisi dai nuovi lavori,

⁶ L'Avvocato generale, nell'opinione presentata l'11 maggio 2017 nel caso C-434/15, *Asociación profesional Elite Taxi v. Uber System Spain*, ECLI:EU:C:2017:364, ha ritenuto che l'attività di Uber svolta su piattaforma va considerata come «servizio di trasporto» e quindi è soggetta alle condizioni stabilite dalle autorità nazionali per «non resident carriers» (licenze e autorizzazioni ad operare).

in particolare da queste forme di lavoro su piattaforma. Anzi secondo alcuni, questi criteri non servono più e sono solo fonte di confusione per chi deve decidere⁷. Per indicare tale inadeguatezza e il conseguente smarrimento dei decisori, il giudice di uno dei primi casi californiani riguardante una nota impresa della Gig economy, la Lyft operante come Uber nella gestione dei taxi, ha usato una metafora non tecnica ma molto efficace. Se il caso dovesse arrivare a una giuria, ma non vi doveva arrivare perché, come molte di queste controversie, si è concluso in sede extra giudiziale, «ai giurati sarebbe stato offerto *«a square peg and asked to choose between two round holes»*» (un piolo quadrato chiedendo di scegliere fra due buchi rotondi)⁸.

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

Il criterio tradizionale ripreso dalla *Common law of agency*, utilizzato in origine per stabilire la responsabilità del datore di lavoro per gli illeciti commessi dai dipendenti, è il cosiddetto «*control test*». Secondo questo criterio il rapporto è definito come di lavoro subordinato e non di lavoro autonomo, se il datore «dà ordini, pianifica il lavoro nei particolari e controlla la performance dei dipendenti»⁹.

In realtà già nell'applicare questo test i giudici prendono in considerazione una molteplicità di fattori, non molto diversi da quelli considerati dalla nostra giurisprudenza: le competenze del lavoratore, e quindi la sua possibilità di autonomia, la durata del rapporto, il metodo di pagamento e la capacità del datore di lavoro di terminare il rapporto *ad nutum* (*putative employer's ability to terminate the worker at will*)¹⁰.

Il *control test* è stato ritenuto adeguato e coerente per risolvere le questioni che l'hanno originato, cioè per individuare il soggetto più in grado di prevenire danni a terzi; ma risulta meno univoco per definire altri obblighi del datore di lavoro nello svolgimento del rapporto. Anzi si è ritenuto che tale criterio, in quanto contenente una definizione restrittiva del lavoro subordinato, aumenterebbe la possibilità delle imprese, specie delle più grandi, di sottrarsi agli obblighi relativi a questo tipo di

⁷ Vedi, tra le tante rassegne, Rogers 2016, p. 479 ss.; Cherry 2016, p. 577 ss.

⁸ Si tratta del giudice Vince Chhabria, nel caso *Cotter v. Lyft, Inc.*, 60 F. Supp. 3rd 1067, (N. D. Cal. 2015), 108, che sottolinea così l'ambiguità dello stato giuridico di questi tassisti.

⁹ Così la sintetica espressione riportata da Rogers 2016, p. 485.

¹⁰ Così *Restatement (second) of Agency* § 220 (Am. Law Inst. 1958).

rapporto ristrutturando le prestazioni in forme diverse, in specie come rapporti di appalto (Cfr. ancora Rogers 2016, p. 486; e, in generale, Zatz 2011).

In effetti il legislatore federale e quello di alcuni Stati degli USA hanno adottato criteri più ampi per definire i rapporti di lavoro subordinato ad altri fini. In particolare il *Federal Fair Labor Standard Act* (FLSA) del 1938 ha scartato il *control test* e definito il termine «*employ*» «*as suffer or permit to work*»¹¹. Ha usato cioè una definizione generica motivata anche qui dal tipo di tutela che si mirava ad attivare. Infatti lo stimolo al legislatore di quegli anni per intervenire era la necessità di garantire alcuni standard minimi di tutela a lavoratori, spesso minori, impiegati da intermediari, imponendo l'obbligo di rispettare tali standard alle imprese che ne utilizzavano di fatto la manodopera, anche se non erano queste bensì gli intermediari a esercitare i poteri di direzione e controllo sui lavoratori¹².

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

Peraltro il NLRB rileva che il *control test* non va applicato meccanicamente; per accertare se si tratta di lavoratore autonomo oppure di dipendente, si deve valutare se le prove indicano che la prestazione resa è parte di un organismo indipendente o se invece è assoggettata al controllo del datore di lavoro¹³.

I criteri indicativi dell'esistenza di un potere di controllo sono analogamente ritenuti utili per la applicazione dell'ELISA, una legge federale che stabilisce standard minimi per piani volontari pensionistici e sanitari nell'industria privata¹⁴.

¹¹ Fair labor standards Act (codificato) 29 USC § 203 g 2013. La stessa definizione è stata applicata dal Congresso ai lavoratori agricoli nel *Migrant and Seasonal Agricultural Workers protection Act*, 29 USC § 1807, 72, (1983).

¹² È una normativa di contrasto all'interposizione illecita di manodopera, nelle forme storiche ben note al nostro ordinamento. Ora il problema si pone in modo nuovo nell'individuare la figura del datore di lavoro e le relative responsabilità nelle catene di fornitura fra imprese a livello globale; cfr., nella dottrina USA, Anner, Bair, Blasi 2013, p. 17.

¹³ NLRB v. United Ins. 390 US 254 s. (1968); FedEx Home Delivery 361 NLRB, n. 55 (Sept. 30, 2014).

¹⁴ Cfr. anche per altre citazioni Rogers 2016, p. 487.

4. *Insufficienza degli indici tradizionali e giudizi contrastanti delle Corti USA*

Come si vede la prospettiva dei rimedi, o, per usare il nostro linguaggio, delle tutele, ha determinato non solo le decisioni giurisprudenziali nei vari casi, ma le scelte del legislatore, che in materia di lavoro si sono moltiplicate nel tempo anche nel sistema nord americano. Peraltro tali interventi legislativi – come i giudici – hanno perseguito obiettivi settoriali di regolazione, rifuggendo non solo da una codificazione ma da definizioni generali della fattispecie «*Employment*».

Gli interventi delle Corti e delle agenzie deputate all'applicazione delle varie leggi del lavoro hanno poi articolato ulteriormente i criteri interpretativi da adottare in ognuna di queste. Alcuni sono alquanto elaborati e combinano fra loro elementi fattuali diversi, spesso sovrapposti e lontani dalle prime indicazioni della *Common law of agency*.

Una indicazione significativa, anche per assonanza con alcuni orientamenti europei e italiani, è quella proveniente dai giudici e dalle agenzie chiamati ad applicare il FLSA e alcune leggi statali nella stessa materia. Le decisioni di tali organismi hanno sviluppato un set articolato per decidere se «*as a matter of economic reality the individual is dependent on the entity*»¹⁵.

La Corte suprema della California nel caso Sig. Borello & Sons ha adottato otto fattori (*secondary indicia*) che si rifanno al control test tradizionale, ma lo combinano con quello della «*economic reality*» desunto dalla pratica applicativa del FLSA (cfr. i commenti di Rogers 2016; Stone 2006; Aloisi 2016; De Stefano 2016b). All'interno di questi si sono specificati cinque fattori ritenuti più rilevanti per assicurare che la natura del rapporto sia definita alla luce degli obiettivi rimediali. Tali fattori riguardano: la opportunità del lavoratore di guadagnare o di perdere a seconda delle sue capacità (cioè il rischio); gli investimenti materiali e immateriali richiesti per il lavoro nonché l'impiego di aiutanti; la necessità di competenze particolari per svolgere la prestazione; la durata del rapporto; il fatto che la prestazione sia parte integrante della attività del datore di lavoro.

Osserva la dottrina che il tentativo di perfezionare questi fattori non li ha resi di più sicura applicazione; tanto più che, come rilevano gli stessi giudici, essi non vanno applicati singolarmente, ma in combi-

¹⁵ Cfr., fra i vari casi, *Antenor v. D.&S. Farm*, 88 F 3d 925 ss. (11th Circ. 1996) e le indicazioni interpretative del Ministero del Lavoro USA, Wage & Hour Div., US Dpt. of Labor, Opinon letter on FLSA test for employment (2015).

nazione tra di loro e il loro peso dipende dalla combinazione adottata di volta in volta. Per facilitare la prova della natura (subordinata) del rapporto, il legislatore di alcuni stati degli USA, come la California, ha utilizzato, come in alcuni paesi europei, la tecnica della presunzione stabilendo che chiunque presti servizio a una impresa si presume essere un dipendente (cfr. Cherry 2016, p. 580).

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

Giudizi diversi sono stati raggiunti in casi del tutto simili concernenti due delle maggiori imprese operanti nella Gig economy, Uber e Lyft, e ciò nonostante le Corti abbiano utilizzato i tradizionali indicatori del «*control test*»¹⁶. Un primo giudice ha concluso che i tassisti organizzati da Uber erano lavoratori dipendenti, sottolineando il potere dell'azienda di determinare una serie di condizioni di lavoro dei conducenti, di stabilire i prezzi delle corse, e le modalità di comportamento nei confronti dei clienti, nonché di controllare le performance dei lavoratori.

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

La diversa applicazione dei medesimi indici qualificatori, non dissimili da quelli usati da corti di altri paesi compresa l'Italia, nei casi dei tassisti di Uber e di Lyft conferma l'inadeguatezza di tali indici. E proprio la incertezza dei risultati ottenibili con le decisioni dei giudici, oltre al costo rilevante delle azioni in giudizio, motiva il fatto che la maggior parte delle controversie finora note si sono chiuse in sede stragiudiziale.

¹⁶ Questi casi sono oggetto di analisi e valutazioni esse stesse diverse nei vari scritti in argomento citati nelle note precedenti. Cfr. ad esempio, in senso critico, Rogers 2016; Id. 2015.

5. *Le richieste in giudizio: rimedi specifici, non riconoscimento della natura del rapporto*

È significativo che la giurisprudenza USA che si è dimostrata disponibile a riconoscere ai lavoratori organizzati da Uber, Lyft e simili alcune tutele di base proprie del lavoro subordinato, ha rifiutato per lo più di offrire protezioni analoghe a crowdworkers impiegati da grandi piattaforme per svolgere microtasks anche solo di qualche minuto di durata (come postare brevi note per l'Huffington Post; preparare brevi commenti o codifiche per Google; contribuire con coding, tagging e simili alla costruzione di un web site). Il rifiuto è stato motivato dal fatto che tali brevi attività potevano rientrare nella normale navigazione sul web di queste persone o che servivano a dare visibilità agli autori oppure, più in generale, che erano svolti in totale autonomia¹⁷.

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

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

In una controversia tipica del sistema nordamericano, la questione centrale è stata di decidere se le pretese dei lavoratori potevano essere definite in arbitri. La questione è rilevante, perché molti imprenditori cercano di prevenire le responsabilità e i rischi di giudizio con clausole di arbitrato che sono da sempre diffuse nelle prassi di quel paese.

Le varianti delle controversie relative ai lavori su piattaforma sono numerose e la casistica è destinata a crescere. È significativo che i lavoratori e i loro avvocati non richiedono, e quindi non ottengono, il riconoscimento dello stato di dipendente, ma avanzano le richieste che ritengono più significative per la loro situazione e più sostenibili alla luce dei precedenti. Un tratto comune delle controversie è che esse riguardano

¹⁷ Vedi la casistica riportata da Cherry (2016), p. 590 ss., che però ricorda anche casi come Otey e Crowdfunder, risolti con il riconoscimento in via transattiva di minimi di compenso per il lavoro svolto e, per l'altro verso, vertenze come quelle con l'Huffington Post, cui fece seguito un avvio di sindacalizzazione degli scrittori coinvolti.

non l'accertamento di una categoria giuridica quanto l'applicazione di segmenti specifici dello statuto protettivo del lavoro, cioè appunto di rimedi adeguati al caso.

Le transazioni raggiunte in molti casi, spesso con l'intervento del giudice, hanno comportato notevoli compensi economici per gli attori, che operano di solito sulla base di *class actions* talora di grandi dimensioni (in un caso coinvolgenti 400.000 tassisti) (Cherry 2016, p. 580).

Ma tali conclusioni transattive non hanno contribuito a chiarire lo status e il trattamento di questi lavoratori, anzi le hanno confermate. Per superare tali incertezze alcuni commentatori hanno espresso l'esigenza di adottare criteri di qualificazione più affidabili; con ciò non manifestano una nostalgia per i metodi qualificatori della tradizione europea, ma ricercano principi guida di carattere sostanzialmente finalistico in grado di chiarire e integrare gli indicatori tradizionali della common law. Il rinvio a criteri non strettamente tecnici per la decisione è presente, anche se talora in modo implicito, nelle decisioni dei giudici, che lo usano per dare senso conclusivo ai singoli criteri qualificatori e alla loro combinazione.

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

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

Per giustificare rimedi adeguati alle richieste dei soggetti i riferimenti dei giudici di common law sono di spesso a principi fondamentali di «*fairness*» o di equità.

Nelle decisioni è frequente il richiamo per analogia al concetto di «*duty*» nella «*law of torts*»: questa non è una categoria né una fattispecie in senso proprio, bensì una «questione soglia» che determina una particolare responsabilità del soggetto; o secondo altre espressioni, è un contenitore («*placeholder*») per giudizi sostanziali di *basic fairness*¹⁸. L'a-

¹⁸ Cfr. il *leading case* della Corte suprema di California, *Tarasoff v. Regents of the Univ. of California*, 551 F. 2d 334-342 (Cal. 1976). Il termine «concetto soglia» mi sembra che renda meglio di «categoria» il senso dell'approccio USA. L'espressione «*placeholder for substantive judgments*» usata da Rogers (2016), p. 499, mi sembra ugualmente significativa. L'A. rileva più volte che l'uso di questi termini sottolinea come le decisioni in materia non

nalogia con la *law of torts* è affermata esplicitamente in una decisione applicativa del FLSA, citata con approvazione dalla dottrina, secondo cui l'impresa è responsabile per violazione delle norme in tema di salario minimo e di orario di lavoro ogni qualvolta il fatto suggerisce che tale responsabilità è «*fairly imposed*»¹⁹.

Altre volte nella materia del lavoro si fa rinvio non a generici principi di *fairness*, ma a concetti di carattere economico sociale. Alcune decisioni, per decidere sulla natura subordinata del rapporto, si fanno guidare da una particolare «immagine sociale del lavoro»: finora l'immagine del lavoro industriale che ora peraltro è meno univoca e meno dominante²⁰. In altri casi, quando il rimedio richiesto delle parti è l'applicazione dei minimi salariali, il giudice giustifica la decisione per l'attore rilevando che questa tutela risponde al bisogno, in particolare di persone che fanno parte della «*weakest and most helpless class*»²¹. Simili riferimenti, usati per orientare il giudizio a integrazione dei criteri tradizionali, ricordano da vicino indirizzi interpretativi presenti anche nella nostra dottrina e giurisprudenza, in particolare, in quelle che fanno ricorso al cosiddetto metodo tipologico.

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

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

dependono da questioni di fatto, ma da «*normative judgments*» che tengono conto in particolare della storia e delle «*fundamental purposes of the statutes*».

¹⁹ Maldonado v. Lucca 629, F. Supp. 483, 489 (DNJ 1986). Anche la dottrina italiana rileva che l'area di responsabilità civile è terreno di elezione dell'approccio rimediale perché alla base della pretesa sta il danno e non il diritto: v. Di Majo 2015, p. 714.

²⁰ Un'immagine, commenta Rogers 2016, p. 488, che è quella di «un rapporto di lunga durata, in una grande organizzazione come la fabbrica, posseduta da un imprenditore, piena di molti lavoratori che svolgono i medesimi compiti».

²¹ Così l'opinione del giudice V. Chhabria nel già citato caso Cotter v. Lyft Inc., il quale afferma che i giudici dovrebbero intendere ampiamente il concetto di *employment*, tenendo conto del tipo di persone da proteggere e del «potere contrattuale delle parti».

Per rispondere a questa domanda senza ricorrere in un circolo vizioso, parte della dottrina ha ritenuto necessario fare riferimento a principi di ordine più generale (*higher-order*) variamente formulati, ma differenti da quelli talora utilizzati nei nostri ordinamenti²².

In particolare quando si usa il termine subordinazione o dipendenza esso è inteso non in senso strutturale, cioè riferito all'esistenza di poteri di direzione, controllo e organizzazione del datore di lavoro, come si intende da noi e in alcuni indici del *control test*; ma assume un senso ampio per segnalare, ad esempio, che la dipendenza, non solo economica ma anche sociale e psicologica del lavoratore, e la sua debolezza contrattuale sono così accentuate da indicare che i lavoratori sono particolarmente vulnerabili e a «rischio di dominazione»; cosicché il rapporto presenta un «deficit democratico», oppure ancora che è tale da ledere la «dignità della persona»²³. E si precisa che l'obiettivo di gran parte delle norme regolatrici del lavoro subordinato è appunto quello di rimediare alla situazione di vulnerabilità del lavoratore e di ingiustizia dei rapporti fra le parti

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

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

²² Rogers 2016, p. 495, che ricorda il classico articolo di critica a simili ragionamenti circolari di Cohen 1935.

²³ Così Rogers 2016, p. 494 ss. e, in generale, Davidov 2002; v. le specificazioni di Zatz 2011, p. 282 ss. I riferimenti a concetti diversi, come quelli di «dominazione» e di «democratic deficit» sono variamente elaborate nella teoria politica e sociologica. La vulnerabilità come carattere tipico del lavoro subordinato è sostenuta in particolare da Davidov (2016), spec. p. 127 ss.; e per una applicazione al caso specifico dei tassisti Uber, che ne avvalorava lo status di dipendenti, Id. 2017.

per lavoro straordinario e sui rimborsi spese, che come si è visto sono i rimedi più spesso richiesti da questi lavoratori.

7. *Raffronti comparati: proposte di una terza categoria*

In realtà, la inadeguatezza dei parametri tradizionali a dare soluzioni soddisfacenti alle questioni poste dai lavori digitali e quindi la incertezza delle decisioni, sono comuni all'esperienza di molti paesi europei²⁴; ma l'approccio e le conclusioni sono diverse. Di qui l'interesse per un raffronto comparato.

La diffusione su scala globale dei lavori organizzati su piattaforma digitale costituisce un test inedito, anche più netto di quello offerto da altre forme di lavoro atipico, per verificare la capacità dei vari sistemi giuridici di dare risposte adeguate a questioni nuove. I raffronti comparati sul trattamento di questi lavori si sono moltiplicati, stimolando un revival anche metodologico nelle analisi dei problemi relativi alla qualificazione dei rapporti di lavoro e nella ricerca dei rimedi appropriati. E hanno messo in luce, come accade anche su altre questioni, sia divergenze sia convergenze nei metodi e nelle soluzioni adottate nei diversi ordinamenti, talora all'interno stesso di singoli paesi.

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

Tali impostazioni peraltro hanno comportato conseguenze diverse in ordine alle regole applicabili a questi lavori: talora la estensione dell'intero statuto protettivo del lavoro subordinato alle varie attività autonome, a mio avviso con una vera fuga in avanti (cfr. Carlson 2001; Tucker, Fudge, Vosko 2003; ma v. anche Langille 2011); più spesso un allargamento selettivo dell'ambito di applicazione delle norme lavoristiche²⁵.

²⁴ Orientamenti diversi si registrano nelle Corti britanniche, come in quelle francesi e italiane: vedi una panoramica in Auriemma 2017; Di Amato 2016. Anche Voza (2017, p. 9 ss.) rileva la perdurante incertezza qualificatoria di questi casi escludendo che sia possibile ricondurre solo al lavoro subordinato i lavori su piattaforma e prospetta la esigenza di risposte normative differenziate.

²⁵ Osserva in proposito Davidov 2017: «ridefinire il confine fra le diverse categorie è necessario, abolirle del tutto è problematico»; Id. 2014, p. 543 ss.; Freedland, Kountou-

La ricerca di nuovi criteri identificativi dei lavori e quindi delle normative applicabili ha coinvolto anche il legislatore. In particolare la recente normativa di vari paesi, dal Canada alla Spagna al Regno Unito, alla Germania, ha configurato una categoria di rapporti di lavoro intermedi fra i due tipi storici, che condividono tratti di identificativi propri del lavoro subordinato come di quello autonomo²⁶.

È significativo che proposte in questa direzione siano state avanzate da più parti anche negli Stati Uniti. Qui le proposte sono state elaborate non in generale, come nei paesi europei, per individuare una serie di lavori non standard, ma sono state stimulate proprio dal diffondersi della economia e del lavoro su piattaforme digitali. E sono ritagliati sul carattere ibrido di tali lavori trattati con difficoltà dalla giurisprudenza.

Al momento attuale nessuna ipotesi proposta in quel paese ha avuto seguito, in sede né legislativa né giurisprudenziale. Infatti ha sollevato perplessità da parte della dottrina che ricordano quelle espresse in altri ordinamenti, compreso il nostro.

Nel merito le riserve riguardano soprattutto i rimedi e tutele da riconoscere a questa categoria intermedia. Talora si includono le tutele contro la discriminazione e i diritti sindacali, ma non in minimi salariali né i supplementi per il lavoro straordinario che sono ritenuti incompatibili con i caratteri dei lavori digitali senza tempo senza luogo. Altre volte le proposte comprendono non solo il riconoscimento dei minimi salariali ma anche norme sulla sicurezza del lavoro e di tutela della *privacy*.

La preoccupazione espressa da vari commentatori è che la introduzione di una terza categoria possa essere di fatto un'alternativa scontata al rapporto di lavoro subordinato, con meno diritti e tutele per i lavoratori e che sia utilizzabile dalle imprese per sottrarre molti rapporti all'area del lavoro standard. Tale preoccupazione è avallata dai raffronti comparati, compresi quelli con l'esperienza italiana delle collaborazioni e del lavoro a progetto²⁷.

Ma soprattutto i rilievi critici, non dissimili da quelli presenti nel dibattito italiano, hanno riguardato l'utilità classificatoria di una categoria

ris 2011, si sono espressi in favore di una marcata selettività. Una estensione selettiva, ma alquanto ampia, delle tutele oltre gli ambiti storici del lavoro dipendente è stata avallata, specie in passato, dal nostro legislatore e in parte dalla giurisprudenza.

²⁶ Vedi la rassegna recente di Cherry, Aloisi 2017, p. 635, che confrontano le esperienze di Canada, Spagna, Italia e danno conto delle proposte di varia origine avanzate negli USA; v. anche Menegatti 2017; Casale 2011.

²⁷ Vedi tali rilievi critici in Cherry, Aloisi 2017, p. 699; Rogers 2016, p. 516 ss.; Davidov 2017, nota come l'idea una terza categoria stia proliferando nel mondo, ma non la ritiene applicabile ai tassisti di Uber che sono da ritenersi lavoratori dipendenti.

intermedia del genere. L'aggiunta di una terza fattispecie non sarebbe una panacea per facilitare le decisioni del giudice, ma riproporrebbe la incertezza dei criteri tradizionali per giudicare dei casi concreti e delle tutele applicabili. Non a caso gli autori che manifestano il loro scetticismo invitano a ritornare a quella che ritengono la questione essenziale, cioè a ricercare quali sono i diritti e le tutele appropriati per i lavoratori in questione: non si tratta solo dei lavoratori della Gig economy ma di tutti quelli da tempo presenti nelle zone grigie fra i tipi storici del lavoro subordinato e del lavoro autonomo. Perché, ribadisce questa dottrina, la individuazione dei rimedi appropriati è importante tanto quanto e più che la creazione di una categoria giuridica: si tratta con tutta evidenza di un commento coerente con la impostazione metodologica da sempre seguita nell'ordinamento statunitense (Cherry, Aloisi 2017, p. 677).

La impostazione rimediale è presente nelle richieste di interventi chiarificatori del legislatore che anche negli Stati Uniti si sono fatte frequenti. Le indicazioni dottrinali in tal senso sono talora fortemente semplificate, come quelle che propongono di includere nella definizione di *Employment* i tassisti «che ricevono passeggeri via on-line on demand applications» o simili²⁸; oppure quelle che suggeriscono di prevedere una presunzione di lavoro subordinato in presenza di indici quali un minimo di ore lavorate in una data attività, a prescindere dalle modalità del suo svolgimento e dagli strumenti utilizzati, materiali o immateriali (Cherry, Aloisi 2017, p. 683).

In ogni caso queste proposte dottrinali condividono l'approccio rimediale, perché non sono avanzate con valore definitorio generale, ma chiedono che il legislatore dichiari applicabile a queste forme di lavoro solo alcune delle normative proprie del lavoro subordinato, superando l'approccio del «tutto o niente» tipico dell'impostazione categoriale seguita nel nostro ordinamento; perché tale approccio è ritenuto inadatto a rispondere ai caratteri ibridi di tale lavori e ai bisogni dei prestatori.

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

Indicazioni sia pure appena accennate in tale direzione si trovano in qualche decisione del National Labor Relations Board²⁹, e rispondono a

²⁸ Rogers 2016, p. 515. L' A. enumera i possibili vantaggi di un intervento legislativo non solo per le persistenti incertezze giurisprudenziali ma perché ritiene i giudici poco adatti a risolvere complesse questioni economiche e sociali.

²⁹ Cfr. anche per citazioni Rogers 2016, p. 518 ss., che auspica un'esplicita presa di posizione in proposito del legislatore e del NLRB; De Stefano 2016a.

sollecitazioni esterne, cioè alle prime azioni di protesta collettiva organizzate da questi lavoratori in alcune grandi città, azioni che hanno trovato risposta anche in provvedimenti da parte delle amministrazioni locali.

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

Una evoluzione particolarmente significativa al riguardo si riscontra nella Legge 8 agosto 2016 N. 1088 art. 6, ora L. 6342-I del *Code du Travail*, la prima che risulti specificamente riferita al lavoro su piattaforma digitale e che anticipa orientamenti giudiziali ancora incerti (Escande-Varniol 2017). Il testo francese è di particolare importanza perché, pur ricomprendendo tali lavoratori nell'ambito del lavoro autonomo, come del resto i nostri lavori parasubordinati, riconosce loro alcuni diritti tipici del lavoro subordinato; in particolare il diritto all'assicurazione infortunistica, alla formazione continua (se lavorano per un certo tempo), e i diritti collettivi di associarsi in sindacati, di contrattare collettivamente e di ricorrere allo sciopero.

Come si vede anche il legislatore francese ritiene di adottare un approccio selettivo, non generale, alle tutele da attribuire a queste figure e la scelta si giustifica con i caratteri ibridi delle attività in questione e intende contemperare l'esigenza di proteggere i lavoratori con la necessità di non sovraccaricare di oneri eccessivi un'attività in fase di grande crescita³⁰. È da notare che la legge francese fonda il riconoscimento di tali diritti dei lavoratori digitali sulla responsabilità sociale della piattaforma. In tal modo coinvolge organizzazioni come Uber in alcuni obblighi lavorativi senza prendere posizione sulla loro natura di impresa, che notoriamente è oggetto di discussione.

8. *La concezione funzionale dell'impresa e la frammentazione della figura del datore di lavoro*

Le trasformazioni tecnologiche digitali che incidono sulle forme del lavoro hanno influito anche nella organizzazione delle imprese, in particolare alterando la struttura piramidale propria dell'impresa fordista. In risposta a questa nuova realtà una parte della dottrina ha sottolineato la necessità di adottare una concezione funzionale o relazionale dell'im-

³⁰ Cfr. il commento di Escande-Varniol 2017. La legge definisce questi lavoratori «*travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique*».

presa postfordista, utile anche a meglio imputare diritti e doveri attinenti al rapporto di lavoro. Tale concezione ha implicazioni su diversi aspetti dell'impresa compresi i modelli tipologici delle attività di lavoro, può comportare una frammentazione del concetto di datore di lavoro e correlativamente una distribuzione dei diversi doveri verso i lavoratori su diverse entità organizzative³¹.

Tale approccio è stato ritenuto utile a giustificare un'interpretazione coerente della posizione delle parti nel lavoro su piattaforma, in particolare nei casi come Uber e simili. Gli indicatori individuati dalla giurisprudenza relativi alla determinazione dei sistemi di pagamento da parte di Uber segnalano che questa funzione del datore di lavoro è esercitata dalla piattaforma; dal che si deduce che essa è tenuta ad osservare la normativa sui minimi salariali. Ma ciò non significa che la piattaforma debba essere considerata datore di lavoro a tutti gli effetti. Si fa l'esempio del dovere di garantire la sicurezza del lavoro che può fare capo all'utilizzatore del servizio se questo è in grado di controllare la modalità e i luoghi di svolgimento della prestazione, come nel caso di servizi di pulizia dei locali del cliente (l'esempio è in Prassl, Risak 2016, p. 648 ss.).

Una simile applicazione della logica funzionale al datore di lavoro si può riferire alla distribuzione dei doveri del datore nella somministrazione di lavoro prevista dal nostro ordinamento. Non a caso si è ipotizzato da alcuni autori che lo schema triangolare proprio della somministrazione di lavoro possa essere utilizzato con adattamenti per regolare i rapporti fra le parti del lavoro su piattaforma, almeno quando queste si configurino con le caratteristiche dei casi Uber e simili³².

9. *Le risposte del legislatore italiano: diversificazione e flessibilizzazione dei tipi*

Ho rilevato all'inizio che gli interrogativi sollevati dal lavoro su piattaforma digitale hanno estremizzato questioni da tempo poste dalla di-

³¹ Prassl, Risak 2016, p. 619 ss. e, in italiano, 2017, p. 219 ss. La concezione funzionale di datore di lavoro è stata teorizzata in generale da Prassl 2015; Ratti 2016, p. 382, e vedi i commenti di Deakin 2001; già Fudge 2006, p. 636; Voza 2017, p. 10, ritiene di difficile applicazione questa tesi per qualificare i rapporti in questione.

³² Faioli 2017, p. 291 ss.; in realtà gli adattamenti necessari sarebbero non marginali perché gli attori coinvolti in questo schema sono diversi da quelli della somministrazione tipica. Fudge 2016, p. 86, ritiene utile il ricorso a schemi triangolari del genere, ma facenti capo non ad agenzie private bensì a organismi composti di rappresentanti dei lavoratori, dei datori e del governo, per regolare non solo lavori informali e saltuari in aree di sottosviluppo, ma anche lavori come quelli di Uber.

versificazione dei lavori e hanno messo a dura prova in tutti gli ordinamenti gli indici tradizionali di qualificazione del rapporto di lavoro. Ma le reazioni dei sistemi continentali e di quelli di common law sono state diverse: diversi gli attori chiamati a intervenire; diverso il ruolo delle fonti di regolazione (legislatore, giurisprudenza, contrattazione collettiva) e infine diverso l'approccio metodologico.

Le variabili che possono influire sulla soluzione dei problemi posti dalle trasformazioni dei sistemi produttivi e dei lavori intersecano l'intero assetto politico e socio-economico dei paesi. Qui vorrei segnalare con qualche esempio l'impatto delle diverse metodologie, quella rimediale propria del sistema anglosassone e quella incentrata sulla fattispecie comune ai paesi dell'Europa continentale. Questi due approcci operano diversamente sulle varie fonti e interagiscono col modo di operare di ciascuna.

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

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

Le fattispecie via via raccolte nella pseudo categoria lavoro atipico riflettevano la crescente inadeguatezza qualificatoria della subordinazione a operare come elemento caratterizzante il lavoro tipico, soprattutto nei confronti dell'area limitrofa del lavoro autonomo, anche esso in progressiva diversificazione e in crescita quantitativa. La evoluzione del concetto di parasubordinazione, variamente precisata con l'emergere della collaborazione coordinata e continuativa e poi del contratto a progetto, testimonia emblematicamente le incertezze nella identificazione dei confini della categoria. In qualche caso mostra l'incongruenza degli elementi definitori adottati, come la presenza di un progetto o programma di lavoro, che infatti è stato superato senza rimpianti (rinvio sul punto al mio saggio: Treu 2005, p. 30 ss.). Ma segnala anche la scarsa coerenza, anzi la vera e

propria sfasatura fra gli elementi strutturali della fattispecie che dovevano qualificarlo come lavoro autonomo, e la disciplina applicabile individuata in via selettiva, ma ripresa da quella propria anche del lavoro dipendente; dalle norme sul processo del lavoro, all'articolo 2113 del codice civile, alla normativa previdenziale che si è avvicinata progressivamente a quella del lavoro subordinato, fino alla norma della Legge 92/2012 che introduceva istituti tipici del lavoro subordinato, quali la garanzia di minimi retributivi.

In realtà nella elaborazione della categoria delle collaborazioni e in parte nella disciplina relativa si è dato rilievo alla debolezza e alla soggezione economica del prestatore di lavoro nei confronti del committente, un dato estraneo alla struttura della fattispecie codicistica e piuttosto connesso alla ratio protettrice della disciplina tipica.

In questa direzione, vicina all'impostazione propria dell'approccio rimediale, si sono mosse le proposte dottrinali di Statuto dei lavori volte a definire una redistribuzione graduata delle tutele, «dentro e oltre i confini del rapporto di lavoro» (Mengoni 2000, p. 18), una scelta ritenuta più utile a capire le realtà del lavoro, che «accapigliarsi sulle definizioni» o «ricercare sbalorditive invenzioni di fattispecie» (Pedrazzoli 1998, p. 23).

I motivi dello scarso successo di queste proposte sono diversi. Anche nel nostro ordinamento riguardano anzitutto scelte di merito, cioè la graduazione delle tutele e i criteri ordinatori delle stesse, che sono controversi anche in paesi dove la materia del lavoro è meno percorsa di tensioni ideologiche che da noi³³. Ma riflettono altresì la resistenza ad abbandonare il tradizionale approccio categoriale che ha impedito di analizzare a fondo le multiformi variazioni intervenute nel funzionamento dei sistemi produttivi e del lavoro che ne moltiplicano i tratti ibridi di subordinazione e autonomia³⁴.

³³ Cfr. in generale Perulli 2015b; Pallini 2013, p. 177 ss.; anche un recente rapporto del Parlamento Europeo illustra la incertezza dei criteri definitivi, Policy Dpt. Employment Policy, 2013; Magnani 2016, p. 8 ss.

³⁴ I confini fra bianco e nero sono sempre meno netti e precisi, «domina il grigio», come riconosce un autore non certo incline ai facili nuovismi, Romagnoli 1995, p. 474 ss.; e cfr. Nogler 2015a, p. 349 ss.: l'A. richiama le osservazioni di G. Vardaro, cui riconosce il merito di aver superato la ideologia operaista presente in parte della dottrina italiana e di «impiegare il tema della segmentazione dei lavori come occasione di critica e in qualche caso di smantellamento di metodologie e costruzioni consolidate, fino a investire la nozione stessa di lavoro subordinato», rifiutando di «riconduurre la mutevolezza del sociale a quest'unico concetto chiave»: Vardaro (1989, p. 101 ss.). È lo stesso insegnamento di D'Antona (1996, pp. 283 e 295). Segnali analoghi vengono dagli economisti e dagli aziendalisti: il pensare secondo schemi binari, come seguendo la diade autonomia e subordinazione, non coglie le diversità dei lavori; analogamente le categorie schematiche del fordismo non rico-

Viceversa sono proprio queste variazioni che richiedono una considerazione approfondita per verificarne l'impatto sulle condizioni di vita e di lavoro e che necessitano di normative diverse al di là dello schema rigido della fattispecie. Infatti le ragioni della crisi della fattispecie centrata sulla subordinazione sono le stesse che richiedono una riconsiderazione della disciplina dei vari lavori. Infatti la minore significatività dei tradizionali indici qualificatori del tipo di rapporto si accompagna con lo sfumare dei confini fra i vari blocchi di disciplina una volta compatti³⁵. Non a caso il nostro legislatore ha risposto a questa modifica dei lavori e delle loro caratteristiche non solo moltiplicando tipi e sottotipi ma introducendo variazioni di disciplina all'interno del rapporto di lavoro subordinato. La tendenza prevalente com'è noto è stata quella di rendere flessibili singoli tratti della disciplina di tutela del rapporto di lavoro subordinato, riguardanti non solo le barriere all'entrata ma anche la gestione del rapporto di lavoro, le variazioni dell'orario e da ultimo le modifiche delle mansioni.

10. *Segmentazione e osmosi delle discipline*

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

Questo percorso di modulazione delle tutele si è arricchito di una tappa ulteriore, di notevole rilievo nella tradizione italiana, con la legge sul lavoro autonomo (l. 81/2017). La legge 81, nel riconoscere (finalmente) uno statuto organico a queste prestazioni, esse stesse variabili, ha confermato ed esplicitato il processo di osmosi già visibile fra le normative proprie storicamente dei due tipi di rapporto, appunto quello

noscono la complessità degli attuali sistemi economici organizzati sempre più a rete che a piramide: così per tutti Rullani 2000; la inadeguatezza delle classificazioni tradizionali del lavoro a fronte del moltiplicarsi dei lavori atipici nella new economy è rilevata anche da Cappelli 2015, p. 621 ss.

³⁵ L'importanza di questo aspetto ancora più che degli indici qualificativi è sottolineata da diversi autori che sottolineano la necessità di considerare non tanto i confini fra le fattispecie quanto la distribuzione delle tutele: Pedrazzoli 1998, p. 13; Ghera 1999, p. 483 ss.; D'Antona 1996, p. 290 ss. e Id. 1998, p. 297 ss.; Perulli 2015c, p. 281.

subordinato e quello autonomo. Per rispondere alle esigenze di questo tipo di lavori il legislatore ne ha arricchito la disciplina attingendo anche a normative estranee alla tradizione lavoristica, desunte dal diritto commerciale e dal diritto civile. Il superamento dei confini categoriali è evidente, anche se realizzata in base a valutazioni di policy diverse da quelle adottate in passato dal nostro legislatore, e in parte dalla giurisprudenza, con l'estensione di tutte le tutele lavoristiche a fattispecie contigue spesso confinanti con il lavoro autonomo³⁶.

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

Anche nell'ordinamento italiano la necessità di rispondere ad esigenze simili è stata avvertita, in particolare da quella giurisprudenza e dottrina che hanno adottato il metodo tipologico invece di quello sussuntivo nell'individuazione della fattispecie. Ma i tentativi di introdurre in tal modo varianti anche nella normativa del rapporto, in particolare volte ad alleggerire alcune norme di tutela per figure – i dirigenti – ove gli indici della subordinazione si manifestano attenuati, non hanno avuto seguito, come le proposte di legge orientate nel medesimo senso (Tosi 1974, p. 170 ss.).

Il motivo è che si sono scontrate con la concezione unitaria della fattispecie lavoro subordinato, fortemente radicata nella nostra cultura giuridica. Così la giurisprudenza italiana è stata indotta a reagire mantenendosi sul piano della fattispecie e adattando la propria concezione di subordinazione in risposta alle sollecitazioni della realtà produttiva e alle stesse modifiche introdotte dal legislatore nella disciplina dei vari tipi di rapporti di lavoro³⁷.

³⁶ Per prime analisi cfr. Treu 2016, p. 343; commenti in Giubboni 2016, p. 367 ss. L'osmosi fra diverse discipline è già presente nel contratto di agenzia e nella legge sulla subfornitura (192/1998) che ha applicato all'imprenditore terzista privo di alternative sul mercato alcune tutele di matrice lavoristica. Tale processo di osmosi non riguarda solo la disciplina dei rapporti di lavoro autonomo e subordinato ma anche le normative previdenziali e di organizzazione del mercato del lavoro: cfr. diffusamente Treu 2000, p. 484 ss.

³⁷ Nogler 1991, p. 120, rileva che se si applica il metodo tipologico solo per individuare la fattispecie mantenendone rigidi gli effetti, si arriva agli stessi risultati del metodo sussuntivo, cioè all'automatica imputazione al rapporto di tutto lo statuto protettivo del lavoratore.

Si tratta di una reazione comprensibile, perché come si è rilevato, «più il grado di protezione sociale riservato al lavoro subordinato si distanzia dalle regole previste per il lavoro autonomo o per quello parasubordinato, più il giudice ha la tendenza ad ampliare i confini del primo»; e in questi casi il «pensiero della protezione del lavoratore è prevalso sul problema della sua qualificazione giuridica. Reciprocamente solo quando la distanza della protezione fra le due categorie si riduce, il giudice tenderà ad adottare una definizione più esigente degli indici della subordinazione» (le citazioni sono di Supiot 2000, p. 222).

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

La tendenza a lungo prevalente nella giurisprudenza italiana – com'è noto – è stata di rispondere alla trasformazione del contesto e dei contenuti del lavoro ampliando i criteri identificativi del concetto di subordinazione, per renderlo inclusivo così da estendere in tutto o in parte tutele tipiche del lavoro subordinato a forme di lavoro ritenute bisognose di tutele, anche se distanti dalla fattispecie storica del lavoro subordinato e spesso confinanti con il lavoro autonomo. Tale orientamento della giurisprudenza ha registrato parziali modifiche negli ultimi anni, in particolare con la rivalutazione della volontà negoziale in caso di ambiguità degli indici qualificatori. Ma i giudici continuano a essere inclini a valutare con larghezza gli indici della subordinazione, perché questa è rimasta la porta d'accesso alle principali tutele del lavoro. Tale situazione non sembra destinata a cambiare dopo la recente normativa sul lavoro autonomo che anzi ha visto lo stesso legislatore ridefinire in termini ampi la nozione di subordinazione con l'utilizzo della formula, invero controversa, della eteroorganizzazione che sostituirebbe il concetto di eterodirezione tradizionalmente ritenuta centrale nella fattispecie dell'art. 2094 c.c.³⁸

³⁸ La norma ha ridato nuovo alimento alle decennali discussioni sul significato di subordinazione e di coordinamento, cfr. per tutti, da ultimo Magnani 2016, p. 12 ss. e Ead. 2017 (l'A. ritiene che nonostante questo la prospettiva del *tertium genus* non deve ritenersi tramontata dopo il Jobs Act); Tosi 2017; Nogler 2015b; Perulli 2015a; G. Santoro Passarelli 2015; Razzolini 2015, p. 4 ss.

11. *I poteri derogatori della contrattazione e l'art. 2 del d.lgs. 81/2015*

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

Qui interessa sottolineare che il potere di modulare le tutele affidato ai contratti collettivi non ha riguardato solo aspetti della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, ma è giunto fino al punto di alterare la struttura fondamentale del tipo e di superare i confini tradizionali verso il lavoro autonomo. L'intervento emblematico in tal senso è quello realizzato dall'art. 2 del decreto 81/2015, che individua nella eterorganizzazione il criterio identificativo del rapporto (o della disciplina applicabile) correlativamente precisa il requisito caratterizzante la collaborazione autonoma. Questa norma ha inteso riaffermare la dicotomia lavoro subordinato – lavoro autonomo, escludendo ogni forma di fattispecie intermedia (Magnani 2016, p. 57 ss.).

Ma il legislatore, forse consapevole delle implicazioni potenzialmente dirompenti di questo allargamento dell'area del lavoro dipendente, ha introdotto una serie di eccezioni, indicate nel comma 2 dello stesso art. 2. L'eccezione più rilevante è quella che attribuisce alla contrattazione collettiva il potere di prevedere «discipline specifiche di trattamento economico e normativo in ragione delle particolari esigenze produttive e organizzative del settore».

L'obiettivo contingente è di far salve ipotesi di collaborazione già regolate dalla contrattazione collettiva sottraendole alla attrazione nel nuovo ambito allargato di applicazione della disciplina del lavoro subordinato. Ma la delega alla contrattazione è ampia, più di quella stabilita per il settore dei *call center*. Non esclude che la contrattazione collettiva possa individuare alcune collaborazioni da ricondurre in tutto in parte nell'ambito del lavoro subordinato, (come di fatto è per lo più avvenuto), anche a prezzo di rinunce ai trattamenti economici o di altre modifiche delle condizioni economiche e normative (cfr., più diffusamente, Treu 2016, p. 841; Magnani 2016, p. 169). È evidente che in tal modo si supera la logica «del tutto o niente» espressione della compattezza del tipo lavoro subordinato.

In realtà la norma in questione è una ulteriore conferma che la capacità qualificatoria della fattispecie perde rilievo, quando si scontra con

esigenze specifiche rilevate dalle parti; il che è tanto più significativo perché avviene a cavallo dei confini tra i due tipi di lavoro storicamente contrapposti. Come dire: ciò che non è consentito alla giurisprudenza e che non è stato possibile realizzare con l'introduzione del tipo lavoro economicamente dipendente, è consentito alla contrattazione collettiva per delega del legislatore.

12. *Le maglie larghe della disciplina del lavoro accessorio e del lavoro agile*

Alcuni interventi legislativi recenti costituiscono ulteriori manifestazioni della crisi qualificatoria della fattispecie. È il caso della disciplina del lavoro accessorio o occasionale, reiteratasi in varianti successive (da ultimo l. 96/2017) (Tessaroli 2017, p. 345 ss.; e cfr. Bellocchi 2004, p. 118 ss. e sulla normativa più recente Mussi, 2017, p. 181 ss.; Jerussi 2017, p. 1149 ss.; Mazzotta 2017). Il legislatore si è concentrato anzitutto nel fissare condizioni di utilizzo, specie da parte del datore di lavoro, dirette a contrastare gli abusi del lavoro accessorio. Per quanto riguarda la disciplina del rapporto ha stabilito i minimi retributivi orari, perché questo è ritenuto un rimedio urgente per rispondere alle condizioni di sottotutela dei lavoratori e per evitare che essi vadano a incrementare il numero dei “*working poors*”. L'urgenza è tale che il nostro legislatore, con il consenso delle parti sociali, è stato indotto a superare la storica resistenza a definire per legge la quantità minima di salario dovuta per la prestazione di lavoro. Per tornare alla questione generale qui trattata si può dire che questo è un altro caso emblematico in cui la impellenza dei bisogni cui dar risposta prevale sulla logica qualificatoria fino al punto da far passare in secondo piano la questione della natura del rapporto.

Un altro intervento legislativo rilevante per i profili qui trattati è quello riguardante il cosiddetto lavoro agile (Taschini 2017, p. 373; Magnani 2017; Mazzotta 2016; Tiraboschi 2017; Lai, Ricciardi 2016, p. 707 ss.; Donini 2017, p. 82 ss.; Dagnino, Tomasetti, Tourres 2016; Chiaro, Prati, Zocca 2015, p. 69 s.). Anzitutto la disciplina di legge è singolarmente scarna per la nostra tradizione, fino al punto di toccare solo di sfuggita il tema della sicurezza del lavoro che è da sempre centrale nella disciplina di tutti i paesi, anche di *common law* (cfr. Peruzzi 2017). Quel che più conta, il nostro legislatore fa riferimento agli accordi fra le parti individuali del rapporto per la definizione di modalità essenziali di svolgimento del rapporto di lavoro, quali l'individuazione del luogo o dei luoghi in cui si svolge la prestazione, la decisione sulla quantità e sulla distribuzione dell'orario di lavoro, nonché sulle modalità dei relativi con-

trolli. La scelta di attribuire le decisioni su questi temi all'autonomia individuale e non alla contrattazione collettiva, è una novità assoluta nella tradizione italiana; in questi termini non si ritrova neppure nell'ipotesi più nette avanzate in passato per la individualizzazione dei rapporti di lavoro. Sul piano sistematico è ancora più significativo che il legislatore eviti di prendere posizione non solo sulla natura del rapporto, ma anche su aspetti del rapporto che costituiscono la ossatura tradizionale. Queste rinunce del legislatore non mi sembrano univoche per ritenere che la legge abbia dato un segnale contrario alla natura subordinata del lavoro agile; ma certo sembrano prendere atto dei caratteri sfuggenti di questa manifestazione del lavoro digitale che non sono riconducibili a quelli delle prestazioni tradizionali, e neppure dei lavori atipici fioriti nella fabbrica post fordista ma non ancora investiti dalle tecnologie digitali. La indeterminatezza e la variabilità delle fattispecie si riflettono nell'incertezza dei loro confini e nella evanescenza della disciplina. Una simile situazione giuridica e fattuale costituisce una sfida all'opera dell'interprete e dei giudici, perché, come ricordano i civilisti che si sono interrogati sul tramonto della logica della fattispecie, «quel che si toglie a questa logica si dovrebbe dare al giudice, e il vuoto della fattispecie andrebbe coperto con la interpretazione»³⁹.

13. *Il superamento della unitarietà normativa della categoria lavoro subordinato*

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

Tale approccio non è assente nella nostra giurisprudenza, oltre che nelle riflessioni della dottrina, non solo lavoristica. Ma le conclusioni dei nostri giudici hanno trovato un limite finora insuperabile nella concezione unitaria della categoria e della relativa disciplina, in particolare della fattispecie lavoro subordinato. Viceversa l'approccio rimediare dei giudici di common law ha permesso la ricerca e la applicazione delle tu-

³⁹ Benedetti 2015, p. 1103, che rileva come spetti così all'interprete di dare risposte alla domanda di tutela delle situazioni soggettive violate, individuando i rimedi «da rinvenire in modo agile e concreto nella totalità complessa transnazionale».

tele più corrispondenti agli interessi in gioco delle parti. Non a caso il riconoscimento delle tutele tipiche del lavoro subordinato non è stato indifferenziato come da noi, ma si è indirizzato in particolare ad applicare alcuni standard di base, a cominciare dai minimi salariali.

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

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

14. *I criteri ordinatori di una disciplina differenziata*

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

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

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

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

La selezione degli interessi da tutelare resta compito delle fonti previste nell'ordinamento, come ribadisce la dottrina, perché il campo di azione dei rimedi riguarda non questa selezione, bensì «le conseguenze derivanti dalla violazione degli interessi giuridicamente tutelati e appunto la scelta degli strumenti o delle cure per la loro effettiva protezione» (di Majo 2015). In realtà la delicatezza della questione sul piano dogmatico e sistematico è evidente e la distribuzione fra i due piani tende a sfumare, come si vede nelle scelte e nelle motivazioni dei giudici, soprattutto ma non solo di *common law*. Infatti si rileva che l'applicazione del principio di effettività nella prospettiva rimediale fornisce «un diverso apprezzamento della rigida separazione che si assume esistente fra il momento del riconoscimento dei diritti e quello più a valle della loro tutela»⁴⁰.

Spunti utili (anche) per queste scelte possono trarsi dalle riflessioni della dottrina civilistica che si è interrogata sulla eclissi della fattispecie e sulle potenzialità di un approccio rimediale in diversi ambiti tematici: dalla protezione dei diritti della persona, all'adempimento delle obbligazioni. I testi di tale dottrina, sia pure riferiti a temi diversi, contengono accenti che riecheggiano quelli della *common law* più volte qui ripresi: l'obiettivo dell'approccio rimediale, che non è quello di rispettare la tipicità dei diritti, ma di rispondere all'esigenza di adeguatezza dei rimedi

⁴⁰ di Majo 2015, p. 705 ss., che osserva come spetti anche al diritto contribuire alla rimozione degli ostacoli alla eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, 2° co Cost., rafforzando gli strumenti per l'effettività delle norme (ivi, p. 712 ss.).

e quindi il distacco del rimedio da una rigorosa dipendenza dalla fattispecie⁴¹; la flessibilità della strumentazione rimediale che apre il diritto a «implementarsi di acquisizioni ulteriori» (di Majo 2012, p. 1149); la maggiore utilità ed efficacia riformatrice della visione rimediale rispetto a quella fondata sull'approccio strutturale alla configurazione delle situazioni soggettive (Vettori 2011, p. 237). Come si esprime G. Vettori, l'analisi della «sola dimensione strutturale di un oggetto finisce per occultare la dimensione funzionale che lo distingue con chiarezza da altri, mentre al visione rimediale assicura la massima realizzazione dell'interesse giuridicamente protetto da un diritto o da un principio» (Vettori 2011, p. 237).

Riflessioni analoghe si trovano, sia pure talora implicite, nella dottrina sopra citata che aveva sottolineato l'importanza di valorizzare una distribuzione differenziata delle tutele secondo i bisogni e le variazioni dei lavori al di là del rigido schema della subordinazione e delle tutele attribuite in blocco a tale fattispecie⁴². Esse sono riprese, con considerazioni riguardanti i diversi rimedi risarcitori e reintegratori, da una recente dottrina lavoristica, sollecitata in generale dalla crisi del principio di effettività nel diritto del lavoro e nello specifico dal moltiplicarsi di forme di lavoro, in primis, quelle digitali, sempre meno riconducibili agli schemi classificatori tradizionali. Tale dottrina ha valorizzato l'approccio rimediale, in particolare per l'applicazione e protezione dei diritti fondamentali dei lavoratori. In tale ottica ha prospettato la possibilità e la liceità di una «integrazione in via interpretativa dell'assetto di tutela previsto per tali diritti, qualora si rivelasse lacunoso o incompleto in punto di effettività» (Tullini 2016b, p. 293).

La difficoltà di inquadrare i lavori su piattaforma nelle categorie classificatorie tradizionali, in particolare nella categoria lavoro subordinato, ha indotto altri autori a muoversi in direzione simile, prospettando la necessità che sia applicabile uno statuto protettivo adeguato ogni qualvolta questi lavori siano esposti a situazioni di rischio analoghe a quelle proprie del lavoratore subordinato, anche se non ricorrono gli indici qualifi-

⁴¹ Così ancora di Majo 2015, p. 739 ss. Voza (2017), p. 15, afferma la esigenza di riconoscere una serie di diritti a questi lavoratori a prescindere dal tradizionale vincolo della subordinazione, sia alcune tutele primarie, sia misure specifiche connesse alle particolari modalità e rischi del lavoro su piattaforma, come ad es. il diritto alla disconnessione per la protezione della vita privata (già previsto in alcuni ordinamenti) e la protezione dei dati personali; vedi anche Loi 2017, p. 259 ss.

⁴² Oltre ai contributi citati di Pedrazzoli 1998, Ghera 1999, D'Antona 1996, Id. 1998, vedi le nette affermazioni di S. Magrini, riportate da Magnani 2017: «abbandoniamo le tipizzazioni di carattere generale che francamente non servono più e puntiamo alla differenziazione dei regimi perché credo che questo sia il punto determinante».

catori tradizionali della subordinazione: (potere direttivo, eteroorganizzazione o simili) (v. Loi 2017, p. 259 ss. e, su presupposti in parte diversi, Ichino 2017, spec. par. 2-3; Perulli 2015c, p. 281).

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

È significativo che le tutele prospettate non coincidono con la totalità di quelle attribuite alla fattispecie lavoro subordinato, ma si concentrano su alcuni nuclei fondamentali non dissimili da quelli considerati dai giudici di *common law*: dai minimi salariali, alle prestazioni previdenziali, alle libertà collettive, alla tutela della *privacy*. E richiedono adattamenti più o meno marcati per tener conto delle particolarità di svolgimento del lavoro digitale; ad esempio, il calcolo del salario minimo dovrà considerare sia la tipica saltuarietà di tali lavori sia la disponibilità offerta del tempo del lavoratore (come nella fattispecie del nostro lavoro intermittente). Resta da vedere se questa prospettiva può essere imboccata solo per iniziativa del legislatore, come indica tale dottrina, o se possa essere avviata, anche da noi, da qualche intervento di supplenza giurisprudenziale che è più difficile, come si diceva, ma che avrebbe i pregi della sperimentazione rimediale. La consapevolezza che i tradizionali approcci classificatori sono inadeguati a dare conto delle nuove realtà del lavoro, è sempre più diffusa nella nostra dottrina, ma le soluzioni e gli strumenti per superare questa impasse classificatoria non sono univoci⁴³.

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

⁴³ Al riguardo è significativo il dibattito svoltosi nel convegno tenutosi all'Università di Brescia il 12-13 ottobre 2017, che ha ampiamente motivato l'inadeguatezza dei tradizionali sistemi di inquadramento a comprendere i nuovi lavori digitali, ma senza dare indicazioni univoche circa le possibili soluzioni. Vedi in particolare i papers di P. Loi, V. Cagnin, A. Aloisi, E. Gramano, M. Birgillito, in corso di pubblicazione per i tipi Giappichelli, Torino.

nel sottolineare la inadeguatezza delle tradizionali distinzioni fra lavoro subordinato e autonomo, indica la necessità di procedere «non per confini.... ma per soglie», cioè per selezioni ragionate di discipline (Perulli 2015c, p. 279).

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

La ricerca di criteri affidabili per la individuazione delle tutele necessarie nei diversi casi è essenziale per evitare che, abbandonato l'ancoraggio alle categorie tradizionali, ormai falsamente rassicuranti, ci si limiti a registrare la esistenza di confini mobili fra diverse norme e fattispecie, con la casualità di «una prassi senza dottrina» (come denuncia da tempo Romagnoli 1997, p. 458) e si lasci spazio all'arbitrio o «al libertinaggio argomentativo» (l'espressione è di di Majo 2012, p. 1149).

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

La ricerca da parte del giudice delle tutele adeguate a sostenere tali diritti, oltre ad essere condotta con rigore analitico e argomentativo, necessita di essere guidata non (solo) da regole di legge, ma in mancanza di queste, da principi certi, presenti nell'ordinamento.

Nel nostro ordinamento tali criteri ordinatori si devono ricercare nei principi costituzionali relativi alla materia del lavoro, che sono sanciti anche dalle fonti internazionali. In particolare, quelli più direttamente rilevanti sono: il principio dell'art. 36 in tema di retribuzione per garantire a questi lavoratori un compenso salariale minimo; il principio della tutela della salute per sancire gli standard fondamentali di sicurezza sul lavoro; il principio di pari dignità e non discriminazione per proteggere i lavoratori da pratiche discriminatorie e lesive della dignità e della *privacy*; e infine i principi di libertà e di organizzazione sindacale.

Come si è visto sono i principi applicati dalla giurisprudenza USA qui analizzata e dal legislatore in vari paesi europei. La legge francese del 2016 sopra ricordata ha menzionato quest'ultimo diritto, per segnalare il valore fondativo che ha avuto l'autonomia collettiva, prima ancora che

la legge, nella costruzione delle norme di tutela proprie del rapporto di lavoro subordinato.

Il richiamo a tali principi costituzionali è alla base anche delle proposte di legge relative a uno statuto dei lavori dirette a modulare le tutele fra i diversi lavori al di là delle qualificazione tipologiche tradizionali. In particolare hanno ispirato il cerchio più ampio di tutele da ritenersi applicabili, proprio per il loro imprinting costituzionale, a tutte le attività dell'uomo che lavora⁴⁴. I progetti originari di statuto dei lavori si proponevano, invero un po' illuministicamente, di riordinare le discipline dell'intero spettro delle prestazioni di lavoro in un quadro organico.

L'epoca presente rende difficili sistemazioni organiche della disciplina giuridica del lavoro, come in generale delle politiche sociali, sia per la turbolenza del contesto economico- sociale, sia per l'incertezza che circonda l'evoluzione futura delle tecnologie digitali e il loro impatto sulle forme e sui contenuti del lavoro. Si spiegano anche per questo le esitazioni del legislatore di molti paesi a intervenire con regolazioni specifiche dei lavori su piattaforma.

È stata la giurisprudenza a dare risposte alle istanze di protezione avanzate dai lavoratori della Gig economy. Lo ha fatto con le oscillazioni e incertezze sopra rilevate, ma anche offrendo soluzioni creative rispondenti ai bisogni effettivi espressi da questi lavoratori⁴⁵.

Lo sviluppo e l'esito di queste soluzioni giurisprudenziali sono essi stessi incerti, in dipendenza sia dei diversi contesti nazionali sia dell'evoluzione delle tecnologie e dei lavori digitali. Ma dipendono anche dalla capacità dei giudici di applicare in concreto i criteri ordinatori delle possibili tutele, compresi quelli costituzionali sopra ricordati, che abbisognano di non poche specificazioni per essere utilmente impiegabili in queste nuove attività e per rispondere ai rischi e ai bisogni dei soggetti coinvolti.

Simili orientamenti dei giudici presentano le incognite tipiche di un intervento di supplenza; tanto più che esso è operato in una fase di transizione di incerta durata verso assetti finali per nulla definiti. Lo svolgimento e il superamento di questa fase dipenderanno dalle variabili di contesto sopra accennate. Saranno rilevanti le scelte degli attori del si-

⁴⁴ Cfr. anche per ulteriori citazioni, Treu 2002 con in appendice la prima bozza di Statuto dei lavori del 1998; Treu 2004, p. 193 ss., con commenti alla proposta di Statuto del 2002.

⁴⁵ Magnani 2017 ritiene che: «a fronte delle difficoltà di individuare criteri utili per qualificare nuovi lavori in particolare quelli su piattaforma digitale, in funzione di un equo statuto protettivo» permane «quell'esigenza di c.d. statuto dei lavori, nelle varie declinazioni che essa ha avuto, forse troppo frettolosamente accantonate».

stema, sia delle istituzioni pubbliche sia delle organizzazioni sindacali e delle altre forme organizzate che saranno in grado di dare voce collettiva alle istanze dei lavoratori in questione. Per i motivi già esposti, una legislazione diretta a inquadrare normativamente tali lavoratori appare allo stato improbabile e prematura, anche se la ricerca di soluzioni normative condivise e in qualche modo assestate non deve essere abbandonata. In ogni caso un intervento del legislatore potrebbe ipotizzarsi con modalità diverse, non intese a imporre nuovi schemi classificatori, bensì a prevedere tutele specifiche come quelle applicate dalla giurisprudenza e prospettate dalla dottrina sopra ricordate, rispondenti alle esigenze più urgenti di protezione di tali lavoratori, lasciando sullo sfondo la definizione della fattispecie: una strada che sembra adottata dalla legislazione francese del 2016, sopra ricordata.

Riferimenti bibliografici

- Aloisi A. (2016), *Commoditized workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a Set of "On-Demand/Gig Economy" Platforms*, in *CLLPJ*, vol. 37, p. 653.
- Anner M., Bair J., Blasi J. (2013), *Toward Joint Liability in Global Supply Chains: Addressing the Root Causes of Labor Violations in International Subcontracting Networks*, in *CLLPJ*, vol. 35, p. 1.
- Auriemma S. (2017), *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, in *RGL*, p. 281.
- Bellocchi P. (2004), *Il regime del lavoro accessorio e l'autonomia privata: logiche negoziali e dinamiche fattuali*, in *Tipologie contrattuali, a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro* (2004), p. 118.
- Benedetti G. (2015), *Fattispecie ed altre figure di certezza*, in *RTDPC*, p. 1103.
- Cappelli P. (2015), *La classificazione del lavoro nella new economy*, in *DRI*, p. 621.
- Carlson R.R. (2001), *Why the law still can't tell an Employee when it sees one and how it ought to stop trying*, in *Berkeley Journal of Empl. & Lab. Law*, p. 295.
- Casale G. (2011), *The employment relationship. A comparative overview*, ILO.
- Cherry M.A. (2011), *A taxonomy of virtual works*, in *Georgia Law Review*, vol. 45, p. 951.
- Cherry M.A. (2016), *Beyond misclassification: the digital transformation of work*, in *CLLPJ*, vol. 37, p. 577.
- Cherry M.A., Aloisi A. (2017), *Dependent contractors in the gig economy: a comparative approach*, in *American University Law Review*, vol. 66, p. 635.
- Chiaro G., Prati G., Zocca M. (2015), *Smart working: dal lavoro flessibile al lavoro agile*, in *SL*, p. 69.
- Cohen F. (1935), *Transcendental Nonsense and the functional approach*, in *Columbia L. Rev.*, vol. 35, p. 809.
- Covington R. (2012), *Remedies doctrines in employment law: ready to be restated or in need of remedial attention?*, in *Employee Rights and Employment Policy Journal*, vol. 16, 2, p. 511.

- D'Antona M. (1996), *Le metamorfosi della subordinazione*, in *Il lavoro delle riforme. Scritti 1996-1999* (2000), Roma: Editori Riuniti, p. 283.
- D'Antona M. (1998), *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, in *Il lavoro delle riforme. Scritti 1996-1999* (2000), Roma: Editori Riuniti, p. 297.
- Dagnino E., Tomasetti P., Tourres C. (2016), *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva, oggi*, ADAPT, W.P., n. 2/2016.
- Davidov G. (2002), *The three axes of employment relationships: a characterization of workers in need of protection*, in *University of Toronto L. J.*, vol. 52, p. 357.
- Davidov G. (2014), *Setting labour law's coverage: between Universalism and selectivity*, in *OJLS*, p. 543.
- Davidov G. (2016), *A purposive approach to labor law*, Oxford: Oxford University Press.
- Davidov G. (2017), *The status of Uber drivers: a purposive approach*, in *Spanish LabourLaw and Employment Relations Journal*, in corso di pubblicazione.
- De Stefano V. (2016a), *Non-standard forms of work and limits on freedom of association: a human rights based approach*, in *ILJ*, p. 1.
- De Stefano V. (2016b), *The rise of the just in time workforce: on demand work. Crowdswork and labor protection in the gig economy*, in *ILO. Working Papers, Conditions of work series n. 71*.
- De Stefano V. (2016c), *The Rise of the "Just-in-Time Workforce": On-Demand Work, Crowdswork, and Labor Protection in the Gig Economy*, in *CLLPJ*, vol. 37, p. 471.
- De Stefano V. (2017), *Lavoro su piattaforma e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *RGL*, p. 241.
- Deakin S. (2001), *The changing concept of the employer in labour law*, in *ILJ*, vol. 30, p. 72.
- Degryse C. (2016), *Digitalisation of the Economy and its impact on labour markets*, Working Paper 2016.02. European Trade Union Institute (ETUI).
- Di Amato A. (2016), *Uber and the sharing economy*, in *Italian Law Journal*, p. 177.
- di Majo A. (2012), *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in *Europa dir. priv.*, p. 1149.
- di Majo A. (2015), *Rimedi e dintorni*, in *Europa dir. priv.*, p. 703.
- Donini A. (2015), *Il lavoro digitale su piattaforma*, in *Labor and Law Issues*, 1, p. 49.
- Donini A. (2017), *Nuova flessibilità spazio temporale e tecnologie: l'idea di lavoro agile*, in *Web e lavori: profili evolutivi e di tutela* (2017), p. 82.
- Escande-Varniol M.C. (2017), *What protection for workers acting via digital platform in a market economy?*, Paper Draft presentato al seminario di Toronto del luglio 2017.
- Eurofound (2017). *Working anytime, anywhere. The effects on the world of work*, (www.eurofound.europa.eu/publications/report/2017/working-anytime-anywhere-the-effects-on-the-world-of-work).
- European Economic and Social Committee (2017), *Impact of digitalization and on demand economy on labor markets and the consequences for employment and industrial relations*, (www.eesc.europa.eu)
- Faioli M. (2017), *Jobs «app», Gig economy e sindacato*, in *RGL*, p. 291.
- Freedland M., Kountouris N. (2011), *The legal characterization of personal work relations and the idea of Labour Law*, in *The idea of Labour Law* (2011), p. 190.

- Fudge J. (2006), *Fragmenting work and fragmenting organizations: the concept of employment and scope of labour regulations*, in *Osgood Hall Law Journal*, vol. 44, p. 609.
- Fudge J. (2016), *Challenging the borders of labour rights?, in Labour law and social progress. Holding the line or shifting the boundaries?* (2016), p. 73.
- Garasco D., Sacchi S. (2017), *Digitalizzazione, automazione e futuro del lavoro*, INAPP, Roma.
- Ghera E. (1999), *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari: Cacucci, t. II, p. 477.
- Giubboni S. (2016), *Lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *Libro dell'anno del diritto* (2016), p. 367.
- Hyde A. (2012), *What should the proposed restatement of employment law say about remedies?*, in *Employee Rights and Employment Policy Journal*, vol. 16, p. 497.
- I contratti di lavoro* (2016), a cura di M. Magnani, A. Pandolfo, Torino: Giappichelli.
- Ichino P. (2017), *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, Relazione al convegno dell'Associazione Giuslavoristi Italiani, Torino, 15 settembre 2017.
- Il libro dell'anno del diritto* (2016), Roma: Treccani.
- Ierussi J. (2017), *Il futuro del lavoro accessorio in Italia*, in *DPL*, IPSOA, 28, p. 1149.
- Labour law and social progress. Holding the line or shifting the boundaries?* (2016), a cura di Blanpain R., Hendrickx F., Wolters Kluwer.
- Lai M., Ricciardi A. (2016), *La nuova disciplina del lavoro agile*, in *DPL*, 11, p. 707.
- Langille B. (2011), *Labor law's theory of justice*, in *The Idea of Labour Law* (2011), p. 101.
- Lavoro subordinato e dintorni* (1989), a cura di M. Pedrazzoli, Bologna: Il Mulino.
- Laycock D. (Winter 2008), *How remedies became a field: the history*, in *Review of Litigation*, vol. 27, 2, p. 161.
- Loi P. (2017), *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, in *RGL*, p. 259.
- Magnani M. (2016), *Autonomia, subordinazione, coordinazione*, in *I contratti di lavoro* (2016), p. 8.
- Magnani M. (2017), *Il contratto di lavoro subordinato*, Relazione al convegno svoltosi alla Luiss il 5 maggio 2017, in ricordo di Magrini, su «Lo stato del diritto del lavoro». Dattiloscritto in corso di pubblicazione.
- Mazzotta O. (2016), *Lo statuto del lavoro autonomo e il lavoro agile*, in *Il quotidiano giuridico*, 1° febbraio 2016.
- Mazzotta O. (2017), *Il nuovo lavoro occasionale adesso è legge dello Stato*, in *Labor*, 25 luglio 2017.
- Menegatti E., *Minimum wage for workers on-demand via App*, Paper Draft presentato al seminario di Toronto nel luglio 2017, LLRN 3.
- Mengoni L. (2000), *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, Relazione svolta al Congresso AIDLaSS di Ferrara, 11-12 maggio, 2000.
- Mussi E. (2017), *Disciplina delle prestazioni occasionali*, in *DPL*, 29, p. 181.
- Nogler L. (1991), *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *DRI*, p. 120.
- Nogler L. (2015a), *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *DLRI*, p. 349.

- Nogler L. (2015b), *La subordinazione nel dlgs 81/2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, W.P. CSDLE Massimo D'Antona.IT, 267/2015.
- Pallini M. (2013), *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova: Cedam.
- Pedrazzoli M. (1998), *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in QDLRI, p. 9.
- Perulli A. (2015a), *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, W.P. CSDLE Massimo D'Antona.IT, 272/2015.
- Perulli A. (2015b), *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica*, in DRI, p. 109.
- Perulli A. (2015c), *Costanti e varianti in tema di subordinazione e di autonomia*, in LD, p. 281.
- Perulli A. (2017), *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in RGL, p. 195.
- Peruzzi M. (2017), *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *Dir. sic. lav.*, p. 1.
- Prassl J. (2015), *The concept of the employer*, Oxford: Oxford University Press.
- Prassl J., Risak M. (2016), *Uber, Taskerabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork*, in CLLPJ, vol. 37, p. 619.
- Prassl J., Risak M. (2017), *Sottosopra e al rovescio: le piattaforme di lavoro on demand come datori di lavoro*, in RGL, 2017, p. 219.
- Ratti L. (2016), *Intorno al concetto di datore di lavoro. A proposito di The concept of the employer di J. Prassl*, in DLRI, p. 382.
- Razzolini O. (2015), *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, W.P. CSDLE Massimo D'Antona.IT, 266/2015.
- Rogers B. (2015), *The social costs of Uber*, in *University of Chicago Law Review Dialogue*, vol. 82, p. 85.
- Rogers B. (2016), *Employment rights in the Platform economy: getting back to basics*, in *Harvard Law and Policy Review*, vol. 10, p. 479.
- Romagnoli U. (1995), *Un diritto da ripensare*, in LD, p. 474.
- Romagnoli U. (1997), *Il patto per il lavoro: quale lavoro*, in LD, p. 458.
- Rullani E. (2000), *Dal fordismo al post fordismo: alla scoperta di nuove possibilità*, in *Documenti Cnel, Rapporto. Postfordismo e nuova composizione sociale*, Roma, p.102.
- Santoro-Passarelli G. (2015), *I rapporti di collaborazione organizzata dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, W.P. CSDLE Massimo D'Antona.IT, 278/2015.
- Speziale V. (2017), *Introduzione*, in RGL, p. 171.
- Stone K.V.W. (2006), *Legal protections for atypical employees: employment law for workers without workplaces and employees without employers*, in *Berkeley J. Emp. & Lab. L.*, vol. 27, p. 251.
- Sullivan C.A. (2015), *Restating employment remedies*, in *Cornell Law Review*, vol. 100, p. 1391.
- Supiot A. (2000), *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in DRI, p. 222.
- Taschini L. (2017), *Lavoro agile*, in *Libro dell'anno del diritto* (2017), p. 373.
- Tessaroli L. (2017), *La tracciabilità del lavoro accessorio*, in *Il libro dell'anno del diritto* (2017), p. 345.
- The Idea of Labour Law* (2011), a cura di B. Lagille, G. Davidov, Oxford: Oxford University Press.
- Tipologie contrattuali, a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro* (2004), a cura di P. Bellocchi, F. Lunardon, V. Speziale, Ipsoa.

- Tiraboschi M. (2017), *Il lavoro agile fra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in W.P. CSDLE Massimo D'Antona.IT, 335/2017.
- Tosi P. (1974), *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Bologna: Il Mulino.
- Tosi P. (2017), *Autonomia, subordinazione coordinazione*, in *Labor*, n. 3.
- Treu T. (2000), *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *ADL*, 2000, p. 484.
- Treu T. (2002), *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna: Il Mulino.
- Treu T. (2004), *Statuto dei lavori e carta dei diritti*, in *DRI*, p. 193.
- Treu T. (2005), *Diritto del lavoro: discontinuità e interdipendenza*, in *ADL*, p. 27.
- Treu T. (2016), *Tipologie contrattuali nell'area del lavoro autonomo*, in *Il libro dell'anno del diritto* (2016), p. 344.
- Tucker E., Fudge J., Vosko L. (2003), *Employee or independent contractor? Charting the legal significance of the distinction in Canada*, in *CLEJ*, p. 193.
- Tullini P. (2016a), *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e prospettive di intervento*, in *RGL*, I, p. 748.
- Tullini P. (2016b), *Effettività dei diritti fondamentali dei lavoratori: attuazione, applicazione, tutela*, in *DLRI*, p. 291.
- Tullini P. (2017), *Quali regole per il lavoratore utente del web? Scambio economico e tutele*, in *Web e lavoro. Profili evolutivi e tutele* (2017), p. 141.
- Vardaro G. (1989), *Subordinazione ed evoluzionismo*, in *Lavoro subordinato e dintorni* (1989), p. 101.
- Vettori G. (2017), *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persona e mercato*, I, p. 15.
- Voza R. (2017), *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in W.P. CSDLE Massimo D'Antona.IT, 336/2017.
- Web e lavoro. Profili evolutivi e tutele* (2017), a cura di P. Tullini, Torino: Giappichelli.
- Weiss M. (2016), *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *DRI*, p. 659.
- Wright C.A. (1955), *The law of remedies as a social institution*, in *University of Detroit L.J.*, vol. 18, p. 376.
- Zatz N.D. (2011), *Beyond misclassification: tackling the independent contractor problem without redefining Employment*, in *ABA Journal of Labor & Emp. L.*, vol. 26, p. 279.

Remedies and legal categories: how to deal with work in the gig economy, by Tiziano Treu

The paper analyses American case law concerning the status of workers for platform economy firms such as Uber, Lyft, etc. It shows that these workers do not fall neatly into either the «employee» or the «independent contractor» category under existing judicial tests. The common law remedial approach, differently from that prevailing in continental

Europe, is not focused mainly on classifying workers within legal categories strictly defined, but on identifying the remedies which are most effective to protect the interests and rights at stake. These remedies do not include necessarily all those usually granted to subordinate employees. US case law usually recognizes to platform based workers the right to minimum wages, reimbursement of expenses, working time regulations, collective rights. In Italy like in the USA the traditional indicators of subordination and independence have not proved satisfactory to classify these new workers. The legislator faced with new types of work, has differentiated their legal treatments with mixed traits even beyond the traditional categories of subordinate and independent employment. The paper argues that the remedial approach adopted by common law may be interesting also for the Italian judges and lawmakers because it allows to identify, better than the traditional categorial approach, the set of protections and rights applicable to these workers.

Keywords: gig economy jobs; remedies; legal categories; common law and civil law systems; employment and self-employment; legal classification of work relations.

Tiziano Treu è professore emerito di diritto del lavoro presso l'Università Cattolica di Milano, Presidente del CNEL e Presidente della International Society for Labour and Social Security Law (via Barberini 47, 00187 Roma; Cnel, Viale Lubin 2, 00196 Roma – Italy) tiziano.treu@fieldfisher.com; presidenza@cnel.it.

