

Il diritto del lavoro nell'ordinamento complesso¹.

1.Premessa.- 2. La nozione di lavoratore nel diritto dell'Unione europea.- 3.Il datore di lavoro "non contrattuale". - 4. Il lavoro nelle piattaforme digitali. Alla ricerca della norma che non c'è.- 5. Interpretazione ed applicazione nell'ordinamento complesso.

¹ Il testo riproduce, con l'aggiunta delle note, la relazione tenuta a Latina, il 20 aprile 2018, nell'ambito del convegno nazionale del Centro Studi Domenico Napoletano sul tema "*Subordinazione ed autonomia nel lavoro che cambia*".

1. Premessa.

L'organizzazione produttiva che si affaccia sulla scena del mondo globalizzato ha poco da spartire con quella dell'era industriale.

Alla metafora della "macchina", dell'organismo e del "sistema" si sono sostituiti i concetti di "labirinto" e di "rete" a suggello del definitivo superamento dell'organizzazione gerarchica tipica del capitalismo novecentesco².

La scomposizione (e ricomposizione) dell'impresa è riconducibile, secondo una recente catalogazione³, a quattro ipotesi.

La prima è quella delle reti d'impresa, *"caratterizzata da interrelazioni tra diverse imprese così intense da dare corpo ad una organizzazione in rete"*⁴.

La seconda è quella della impresa-rete che si ha quando l'organizzazione si sviluppa intorno ad un nucleo centrale *"o dominante con affidamento di più segmenti a soggetti terzi "serventi" attraverso contratti commerciali (appalto, franchising, subfornitura, trasporto, convenzione) o di lavoro autonomo"*⁵.

La terza è quella (più conosciuta) del gruppo di imprese, di società, cioè, collegate tra loro con una struttura gerarchica⁶.

La quarta attiene al lavoro mediante piattaforme che nasce per favorire l'incontro tra prestatore e fruitore del servizio, migliorare i servizi e abbassare i costi ma che pone delicatissimi problemi di qualificazione dei rapporti di lavoro interessati.

Il fenomeno, che fino al 2015 interessava una decina di milioni di persone nel mondo intero, è in rapido aumento tanto da focalizzare, sempre di più, l'attenzione dei giuristi del lavoro⁷.

In questo contesto, estremamente complesso, analizzerò due questioni.

² Sul tema si veda PERULLI, Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata, in Riv. giur. lav., 2013, I, pag. 83 e seg.

³ Cfr. GAROFALO, Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative, in www.aidlass.it/giornate-di-studio-aidlass-2017.

⁴ GAROFALO, Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative, cit..

⁵ GAROFALO, Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative, cit..

⁶ Nella dottrina italiana si veda: MAZZOTTA, Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese, in Lav. dir., 1988, pag. 366 e seg.; NOGLER, Gruppo di imprese e diritto del lavoro, ivi, 1992, pag. 291 e seg.; VENEZIANI, Gruppi di imprese e diritto del lavoro, ivi, 1990, pag. 609 e seg., PINTO, Gruppi di società, in PEDRAZZOLI (a cura di) Lessico giuslavoristico, vol. 2, Impresa, Bonomia University Press., 2010, pag. 67 e seg.

⁷ Sul tema si veda, fin d'ora, ICHINO, Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro, in www.pietroichino.it

Nella prima esaminerò le nozioni di "lavoratore" e "datore di lavoro" (con riferimento alla figura del datore di lavoro non contrattuale) nell'ordinamento dell'Unione europea (& 2 e 3).

Nella seconda esaminerò alcune sentenze sul lavoro mediante le piattaforme digitali⁸, evidenziando le difficoltà che, in questo contesto, deve affrontare il giurista nell'interpretazione/applicazione della legge (& 4 e 5).

2. La nozione di lavoratore nel diritto dell'Unione europea.

La nozione di lavoratore, nel diritto dell'Unione europea, è priva di definizione⁹.

L'art. 45 del TFUE parla di "lavoratori" all'interno di una disposizione tesa ad assicurare la *"libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione"*.

La collocazione del riferimento ai lavoratori in tale disposizione spiega come la nozione, nella ratio dell'art. 45 TFUE, sia rivolta ad assicurare la libera circolazione dei lavoratori europei nel mercato comune *"mirando alla garanzia dell'eguaglianza tra gli stessi nel mercato (prima che nel rapporto) e non alla correlazione delle (o alla protezione dalle) disparità nascenti dal contratto di lavoro"*¹⁰.

Una ratio, quindi, profondamente diversa da quella di molti ordinamenti nazionali in cui la nozione di subordinazione si configura come *"la porta che dà accesso all'area del lavoro normativamente protetto"*¹¹.

Questo in origine.

L'evoluzione dell'ordinamento dell'Unione europea ha, certamente, arricchito il DNA di tale impostazione assegnando al principio della protezione del lavoro ed al vincolo a operare per il progressivo miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro delle persone una dimensione sempre più rilevante.

⁸ Sul tema si veda, fin d'ora, VOZA, Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-336/2017.

⁹ Sul tema si veda TOSI e LUNARDON, Introduzione al diritto del lavoro. 2. L'ordinamento europeo, Roma e Bari, 2005, pag. 93 e seg.

¹⁰ Cfr. GIUBBONI, Autonomia e subordinazione nel diritto del lavoro dell'Unione europea, in GIUBBONI Diritto del lavoro europeo, Milano, 2017, pag. 124 e seg.

¹¹ Cfr. D'ANTONA, La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia, in PEDRAZZOLI, (a cura di), Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive, Bologna, 1989, pag. 44.

Basti pensare, nella giurisprudenza più recente, alla sentenza della Grande sezione della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, C- 201/15¹², laddove si legge:

*“Poiché dunque **l’Unione non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale**, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali **devono essere bilanciati** con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale tra i quali figurano in particolare, come risulta dall’art. 151, primo comma, TFUE, la promozione dell’occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l’emarginazione” (punto 77).*

Resta il fatto che l’ordinamento dell’Unione europea si ispira ad un approccio definitorio di tipo casistico¹³ e che la “nozione di lavoratore nel diritto comunitario non è univoca, ma varia a seconda del settore di applicazione considerato”¹⁴.

In dottrina, sono state proposte due nozioni¹⁵.

La prima, più vicina allo spirito originario dell’art. 45 TFUE, si pone come “strumentale alla creazione di uno strato minimo di diritto uniforme negli Stati membri”¹⁶.

La seconda viene demandata agli Stati membri in quanto funzionale alla applicazione di alcuni statuti garantistici del diritto comunitario del lavoro, quali definiti negli ordinamenti degli Stati membri in sede di trasposizione delle direttive.

In relazione alla prima nozione, secondo una giurisprudenza costante, la nozione “comunitaria” di lavoratore è caratterizzata dalla circostanza “che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un’altra e sotto la direzione di quest’ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione”¹⁷.

¹² Sul tema si veda COSIO, “Libertà d’impresa e tutela dei lavoratori nei licenziamenti collettivi”, Mass. giur. lav., 2017, agosto/settembre 2017 - n. 8/9, pag. 584-603.

¹³ Cfr. SUPIOT, Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe. Rapport pour la Commission des Communautés, Bruxelles, 1992, pag. 29 e seg.

¹⁴ CGUE sentenza 12/05/1998 C-85/96

¹⁵ SUPIOT, Les notions, cit., pag. 36-37.

¹⁶ TOSI e LUNARDON, Introduzione al diritto del lavoro, cit., pag. 94.

¹⁷ CGUE sentenza 3 maggio 2012, Neidel, C-337/10, punto 23.

Quattro sono gli elementi costitutivi della nozione¹⁸.

Il primo, di carattere soggettivo, attiene al carattere "personale" della prestazione.

Il secondo, si sostanzia nel potere di direzione del destinatario della stessa.

Viene utilizzato, in questo caso, un criterio di ordine giuridico (quello della subordinazione tecnico-funzionale del lavoratore alle direttive del datore di lavoro) al posto di quello, certamente più impreciso, di "dipendenza economica".

Il terzo, di carattere temporale ("*per un certo periodo di tempo*"), riecheggia un criterio di "etero-organizzazione", oggi codificato, in Italia, nell'art. 2 del d.lgs n. 81 del 2015.

Il quarto, attiene alla natura onerosa della prestazione e quindi al pagamento di una retribuzione come corrispettivo alla prestazione resa.

In base a tali coordinate, la Corte ha incluso nel raggio di azione dell'art. 45 TFUE i lavoratori a tempo parziale¹⁹, a chiamata²⁰, intermittenti²¹, temporanei e occasionali²², impegnati in attività formative o di stage.

A questi elementi, la Corte aggiunge, in alcuni casi ed in base ad una valutazione globale, "*elementi relativi non solo alla durata del lavoro e al livello della retribuzione, ma anche all'eventuale diritto a ferie retribuite, alla continuità della retribuzione in caso di malattia, all'applicabilità al contratto di lavoro di un contratto collettivo, al versamento di contributi e, nel caso, alla natura di questi ultimi*"²³.

Restano, quindi, fuori attività che non raggiungono una soglia minima di consistenza effettiva, rimanendo nel limbo della inattività.

Si tratta di prestazioni che essendo "*talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie*"²⁴ sono irrilevanti ai fini dell'accesso al mercato del lavoro.

¹⁸ Sul tema si veda GIUBBONI, *Autonomia e subordinazione nel diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., pag. 133.

¹⁹ CGUE sentenza 23/03/1982 C-53/81.

²⁰ CGUE sentenza 26/02/1992 C-357/89.

²¹ CGUE sentenze 21/06/1988 C-197/86, e 19 luglio 2017, C-143/16.

²² CGUE sentenza 9/07/2015 C-229/14.

²³ CGUE sentenza 19 luglio 2017, C-143/16, punto 20.

²⁴ CGUE sentenza 19 luglio 2017, C-143/16, punto 19.

In relazione alla seconda nozione (che rileva, ad esempio per le direttive sul licenziamento collettivo, sul trasferimento d'impresa o l'insolvenza del datore di lavoro²⁵) si registra un controllo progressivo (e sempre più penetrante) della Corte di giustizia rivolto a restringere la discrezionalità concessa agli Stati membri.

La Corte di giustizia ha ritenuto, ad esempio, non conforme alla direttiva sui licenziamenti collettivi l'esclusione dei dirigenti dalle garanzie previste in tema di licenziamento collettivo²⁶ fino a spingersi all'individuazione di forme di licenziamento indiretto dai confini fortemente sfumati²⁷.

3. Il datore di lavoro "non contrattuale".

Il vero datore di lavoro deve essere individuato nel soggetto che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative, recita una sentenza, a sezioni unite, del 2006 (la n. 22910) *"anche se i lavoratori siano stati formalmente assunti da un altro (datore di lavoro apparente) e prescindendosi da ogni esame sull'esistenza di accordi fraudolenti"*.

La concezione realistica, o sostanziale, del datore di lavoro, fatta propria da questa sentenza, si ritrova in una fondamentale sentenza della Corte di giustizia: la sentenza "Heineken"²⁸.

Nella sentenza la CGUE è chiamata a stabilire se, nel contesto di un gruppo di società in cui uno degli enti giuridici svolge il ruolo di datore di lavoro centrale e distacca i suoi lavoratori presso le varie società che costituiscono il gruppo, il trasferimento delle attività di una società appartenente a detto gruppo ad una società esterna al gruppo stesso debba essere considerato rientrante nella sfera di applicazione delle disposizioni della direttiva sul trasferimento di imprese (2001/23).

Prima di tutto, il caso.

La Heineken International è un gruppo olandese che riunisce produttori di birra. Nell'ambito di tale gruppo, la totalità del

²⁵ GIUBBONI, *Autonomia e subordinazione nel diritto del lavoro*, cit., pag. 158-167.

²⁶ CGUE sentenza del 13 febbraio 2014, C-596/12. Edita in FI., 2014, parte IV, pag. 194. Sul tema si veda TOSI, *Il licenziamento collettivo dei dirigenti*, in GI, 2014, pag. 1154 e DI GARBO e IORIO FIORELLI, in II CG n. 8-9/2014, pag. 1054 e seg.

²⁷ CGUE sentenza del 21 settembre 2017, causa C-429/16 con nota di COSIO, *L'ambito di applicazione e la procedura consultiva nei licenziamenti collettivi*, Lav. Giur., 2018, fasc. 4.

²⁸ CGUE sentenza 21 ottobre 2010, C-242/09, in Riv. it. dir. lav., 2011, II, pag. 470, con nota di AGOSTI e in Foro it., 2010, VI, pag. 323, con nota di RICCI.

personale è dipendente della Heineken Nederlands Beheer BV (HNB) la quale svolge le funzioni di datore di lavoro e distacca il personale presso le varie società che esercitano l'attività del gruppo Heineken nei Paesi Bassi.

Il ricorrente è stato dipendente della HNB, dal luglio 1985 al marzo 2005, con mansioni di addetto alla ristorazione. Egli era distaccato dalla HNB, insieme ad altri 70 dipendenti, alla Heineken Nederland che, fino al marzo 2005, ha gestito l'attività di ristorazione del personale nei vari siti del gruppo Heineken.

La Heineken Nederland ha deciso di subappaltare le attività di ristorazione alla Albron a decorrere dal 1 marzo 2005.

Il ricorrente ha preso servizio presso la Albron, a partire dal 1 marzo 2005, in qualità di addetto al servizio "mense aziendali".

Il ricorrente insieme ad una associazione sindacale ha citato la Albron avanti il Tribunale cantonale affinché fosse dichiarato che il trasferimento delle attività di ristorazione avvenuto il 1 marzo 2005 tra la Heineken Nederland e la Albron costituiva un trasferimento di impresa ai sensi della direttiva 2001/23 e che i lavoratori alle dipendenze della HNB che erano stati distaccati presso la Heineken Nederland fossero considerati in servizio ipso iure presso la Albron, a decorrere dal 1 marzo 2005.

Chiedevano, altresì, la condanna della Albron ad applicare al contratto di lavoro concluso da quest'ultima con il ricorrente, con effetto dal 1 marzo 2005, le condizioni di lavoro vigenti fino a tale data tra la HNB ed il ricorrente e, riguardo agli arretrati della retribuzione dal 1 marzo 2005, la condanna della Albron al pagamento dell'aumento legale del 50% ai sensi dell'art. 625 del codice civile olandese.

Il Tribunale cantonale accoglieva le domande (ad eccezione dell'aumento legale del 50%).

La Albron impugnava la sentenza avanti la Corte di appello di Amsterdam.

La Corte di appello sospendeva il giudizio e chiedeva alla Corte di giustizia di risolvere due questioni che la Corte esamina in forma congiunta.

Le questioni tendevano, in sostanza, a chiarire se, in caso di trasferimento, ai sensi della direttiva 2001/23, di un'impresa che appartiene ad un gruppo ad un'impresa esterna a tale gruppo, possa, del pari, essere considerata un "cedente" l'impresa del

gruppo alla quale i lavoratori erano permanente assegnati senza tuttavia essere collegati con quest'ultima da un contratto di lavoro ("il datore di lavoro non contrattuale"), considerato che vi era nel gruppo un'impresa alla quale i lavoratori interessati erano legati da un contratto di lavoro ("il datore di lavoro contrattuale").

La Corte, pur nella mancanza di chiarezza delle disposizioni della direttiva, valorizza due elementi esegetici:

- a) Che il cedente, nell'ambito della direttiva, è colui che perde la qualità di datore di lavoro;
- b) Che la tutela concessa dalla direttiva ai lavoratori in caso di cambiamento dell'imprenditore riguarda i diritti e gli obblighi derivanti per il cedente dall'esistenza, alla data del trasferimento, di "un contratto di lavoro o di un rapporto di lavoro" (senza che intercorra tra le due ipotesi un nesso di sussidiarietà).

In questo contesto, valorizzando la ratio perseguita dalla direttiva, la Corte afferma che "non è richiesto in tutte le circostanze un vincolo contrattuale con il cedente perché i lavoratori possano beneficiare della tutela prevista dalla direttiva" (punto 24).

La Corte pone, però, una condizione: per considerare come cedente il datore di lavoro non contrattuale occorre che "**i lavoratori gli siano permanentemente assegnati**" (punto 26).

Ne deriva che la posizione del datore di lavoro contrattuale, che non è tuttavia responsabile dell'attività economica dell'entità economica trasferita, non è, ai fini della determinazione della persona del cedente, atta a prevalere "sistematicamente sulla posizione del datore di lavoro non contrattuale che sia responsabile di detta attività" (punto 29).

Un tale rapporto è distinto da quello che una società potrebbe avere con un lavoratore interinale.

Infatti, un lavoratore interinale è messo a disposizione di una società utilizzatrice solo **temporaneamente**.

A ben vedere si tratta di una estensione dell'orientamento contenuto nella sentenza Allen (2 dicembre 1999, C-234/98)

In quella sentenza, la Corte ha affermato il principio per cui la direttiva 2001/23 si applica anche all'ipotesi in cui una società appartenete ad un gruppo decida di subappaltare ad un'altra

società del medesimo gruppo taluni lavoratori qualora l'operazione comprenda il trasferimento di un'entità economica tra le due società.

L'applicazione della direttiva 2001/23 alla fattispecie in esame tende, in sostanza, ad impedire che gruppi di imprese, organizzando i loro rapporti di lavoro in modo analogo al gruppo Heineken, possano eludere l'applicazione della stessa.

Resta da vedere se questo orientamento troverà riscontro al di fuori del tema del trasferimento d'impresa (ad es. in tema di licenziamento collettivo).

4. Il lavoro nelle piattaforme digitali. Alla ricerca della norma che non c'è.

Le nozioni (di lavoratore e di datore di lavoro) delineate nei paragrafi forniscono due punti fermi per affrontare i problemi che i fenomeni di frammentazione delle imprese pongono.

Ma anche queste nozioni devono fare i conti con un'evoluzione del mercato del lavoro che non conosce sosta.

Viviamo in un mondo in cui presente e futuro si mescolano in modo sempre più rapido.

L'automazione (semi-intelligente) del porto di Amburgo è già una realtà.

L'intelligenza artificiale nella chirurgia è dietro l'angolo.

L'ONU è chiamata a disciplinare l'impiego bellico di robo-soldati capaci di decisioni autonome sull'uso di armi letali²⁹.

Non siamo ancora in presenza di replicanti, alla Blade Runner, ma poco ci manca.

Nel mondo delle piattaforme digitali si prospetta un futuro che dovrebbe trasferire ad un algoritmo il ruolo di datore di lavoro, o almeno alcune funzioni di esso³⁰.

Peraltro, il termine piattaforma può integrare diverse tipologie³¹.

²⁹ Sul tema si vedano gli atti del convegno del 29 novembre 2017 su: "Intelligenza artificiale e responsabilità" editi nella collana Responsabilità comunicazione impresa (diretta da Ugo Ruffolo), Milano, 2017, pag. 2 e seg.

³⁰ Sul tema si veda Intelligence artificielle et travail S. Benhamou L. Janin France Strategie 28 marzo 2018, in Bollettino ordinario Adapt n. 14 del 2018.

³¹ Cfr. Gragnoli, Conclusioni al convegno "Il lavoro a distanza", 15 maggio 2017, Università Cattolica del Sacro Cuore, pag. 10 (datt.); TULLINI, Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione, il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte d'intervento, in Riv. Giur. Lav., 2016, pag. 749.

Piattaforme che consentono l'incontro tra utilizzatori di servizi e il soggetto che li fornisce.

Piattaforme che svolgono la funzione di mediatore.

Piattaforme che interferiscono nell'esecuzione "predisponendo un'organizzazione (di cui assumono il rischio)"³².

Il caso Uber, sotto quest'ultimo profilo, ha fatto scuola.

Nello *Ubergate*, al di là dei profili legati alla concorrenza con il servizio taxi è emerso, come la stessa Corte di giustizia ha accertato³³, che "il servizio di intermediazione della Uber si basa sulla selezione di conducenti non professionisti che utilizzano il proprio veicolo ai quali tale società fornisce un'applicazione senza la quale, da un lato, tali conducenti non sarebbero indotti a fornire servizi di trasporto e, dall'altro, le persone che intendono effettuare uno spostamento nell'area urbana non ricorrerebbero ai servizi di tali conducenti. Inoltre, la Uber esercita un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione di siffatti conducenti. In relazione a tale ultimo punto, emerge segnatamente che la Uber fissa, mediante l'omonima applicazione, se non altro il prezzo massimo della corsa, che tale società riceve dal cliente prima di versarne una parte al conducente non professionista del veicolo e che essa esercita un determinato controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti nonché sul comportamento di quest'ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione" (punto 39).

Analoghi concetti sono stati espressi nella recente sentenza della Corte di giustizia, Grande sezione, del 10 aprile 2018, C-320/16, nel caso *UBER France*, al punto 21.

La risposta delle Corti di diversi paesi ai problemi sollevati da tale situazione sono stati diversi e, perfino, contrastanti³⁴.

Basti pensare alle decisioni delle Corti Usa, nelle controversie Uber e Lyft, che, pur utilizzando i tradizionali indicatori del "control test" sono pervenute a soluzioni opposte.

³² Cfr. LUNARDON, *Le reti d'impresa e le piattaforme digitali della Sharing economy*, in *Arg. Dir. Lav.* 2018, 2 fascicolo.

³³ CGUE sentenza 20 dicembre 2017, C-434/15.

³⁴ Per una panoramica internazionale sulla giurisprudenza relativa al caso Uber si veda AURIEMMA, *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, I, pag. 281 e seg., DI AMATO, *Uber and the Sharing Economy*, in *The Italian Law Journal*, 2016, n. 1, pag. 177 e seg. e PACELLA, *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*, in *Riv. it. dir. it.*, 2017, II, pag. 570 e seg. Per quella italiana si veda Trib. Milano, sez. specializzata ord. 9 luglio 2015, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, pag. 46 e seg. con nota di DONINI. Sul complesso degli orientamenti giurisprudenziali si veda MAGNANI, *Il contratto di lavoro subordinato*, in WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona" INT-360/2018 pag. 7 e seg.

“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 di 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 decisioni diverse per altri conducenti che avessero schemi di lavoro più regolari e stringenti”³⁵.

Dall’esame delle pronunce emerge una duplice indicazione.

La prima, attiene alla totale imprevedibilità delle decisioni giudiziali.

Una non calcolabilità³⁶ delle decisioni che risiede in una mancanza di regolazione specifica delle questioni sollevate dalle piattaforme digitali che i legislatori dell’epoca non erano, nemmeno, in grado di immaginare.

Non si tratta, peraltro, di auspicare (solo) interventi di carattere nazionale, come quello della legislazione francese dell’agosto del 2016, ma di richiedere interventi nazionali in un quadro coordinato dall’Unione europea.

Il Parlamento europeo, nel febbraio del 2017, ha approvato, ad esempio, una Risoluzione che raccomanda alla Commissione l’elaborazione di una proposta di direttiva in materia di disciplina civilistica della intelligenza artificiale applicata alla robotica.

Qualcosa di analogo, andrebbe fatto in materia lavoristica.

La seconda indicazione attiene alla prospettiva dei rimedi.

³⁵ Cfr. TREU, Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig Economy, in WP C.S.D.L.E “Massimo D’Antona” INT-136/2017pag. 5 e seg.

³⁶ Sul tema, si vedano i saggi di IRTI raccolti nel volume “Un diritto incalcolabile”, Torino, 2016.

I lavoratori ed i loro avvocati non chiedono 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 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"*³⁷.

Un cambiamento di prospettiva giudiziale che trova riscontro in quello che è stato metaforicamente descritto *"come il passaggio da una logica regolativa basata sull'idea di confine tra fattispecie ad una regolazione per soglie che incrociano le fattispecie"*³⁸.

5. Interpretazione ed applicazione nell'ordinamento complesso.

Un'ultima notazione attiene, in questo contesto, alle difficoltà che il giurista dovrà affrontare nell'interpretazione ed applicazione delle norme³⁹.

Di fronte alla molteplicità delle domande formulate dagli avvocati i giudici dovranno andare, prima di tutto, alla ricerca della *"norma regolatrice adeguata"*.

In assenza di una disciplina ad hoc l'operazione si presenta estremamente complessa.

Dovranno, in primo luogo, misurarsi con quel piccolo "sisma" che le recenti modifiche legislative (il decreto legislativo n. 81/2015 e la legge n. 81/2017) hanno creato sulle norme codicistiche di riferimento.

Ma non basta.

Dovranno verificare le compatibilità dei risultati ermeneutici ottenuti (sulla scorta del dato nazionale) con l'ordinamento europeo al fine di verificare conformità o contrasti.

³⁷ Cfr. TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto*, cit., pag. 7.

³⁸ CFR. PERULLI, *Il Jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-341/2017, pag. 4, laddove si legge che *"mentre il confine segue il principio secondo cui le discipline delle prestazioni aventi ad oggetto un fare a favore di altri si distinguono in ragione della natura subordinata o autonoma del vincolo contrattuale cui ineriscono, la soglia indica invece uno spazio che supera la scansione tipo-logica dell'aut-aut e definisce un nuovo criterio regolativo topo-logico, dove la determinatezza del confine lascia il passo ad uno spazio disciplinare che relativizza, senza eliminarle del tutto, le barriere tipologiche, prospettandosi quella situazione combinatoria tale per cui le tutele declinano in ambiti non necessariamente coincidenti con quelli designati dal tipo standar di lavoro subordinato"*.

³⁹ Sul tema si veda GUASTINI, *Saggi scelti sull'interpretazione*, Torino, 2017, pag. 133 e seg.

Verifica delle compatibilità che appare particolarmente complessa per quelle prestazioni che essendo *"talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie"*⁴⁰ sono irrilevanti ai fini dell'accesso al mercato del lavoro.

Il vincolo del precedente costituito dalle sentenze della Corte di giustizia, in questo contesto, è fondamentale.

Ed è fin troppo facile prevedere, in tempi ravvicinati, un intervento della Corte di giustizia sul caso Uber.

Questa volta, con specifico riferimento ai profili lavoristici.

Ma il "peso" giuridico della sentenza della CGUE risulterà diversificato in base alla circostanza che la Corte si limiti a dare indicazioni al giudice del rinvio o, viceversa, decida, in proprio, sulla conformità della norma nazionale con quella europea.

Nel rinvio pregiudiziale (e, ovviamente, nella decisione finale della controversia) avrà, ovviamente, un peso decisivo il "caso giuridico"⁴¹ che non può essere nettamente separato dalla individuazione della norma regolatrice.

Il caso preme sulla norma, come è stato felicemente osservato⁴², nel senso che dal fatto prospettato il giudice procede alla sussunzione del fatto stesso sotto la fattispecie normativa che ha individuato.

E qui entra in gioco la prospettiva rimediale.

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.

"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

⁴⁰ CGUE sentenza 19 luglio 2017, C-143/16, punto 19.

⁴¹ Sul tema si veda PATTI, la costruzione del fatto nel processo, in La genesi della sentenza (a cura di RESCIGNO e PATTI), Bologna, 2016, pag. 33 e seg.

⁴² Cfr. ZAGREBELSKY, Diritto allo specchio, Torino, 2018, pag. 314.

*prestazione, come nel caso dei servizi di pulizia dei locali del cliente*⁴³.

Naturalmente, nel corso del processo, l'intuizione iniziale potrà subire dei mutamenti comportando una sorta di *"andirivieni continuo tra fatto e norma"*⁴⁴.

Ed è bene ricordare che non si tratta di meri fatti, ma di *"fatti umani"* comprensibili secondo categorie di senso e di valore proprie di chi le propone o le decide⁴⁵.

Per di più, in base ad ordinamenti diversi che si reggono su valori non sempre condivisi.

La categorizzazione di senso e di valore è quanto si denomina *"precomprensione"*⁴⁶, per indicare anticipazioni e attese che richiedono di essere confermate in termini di diritto.

Ciò che conta, nell'interpretazione dei testi giuridici, è il contesto culturale (che nel nostro caso può essere declinato al plurale) in cui devono essere lette le norme giuridiche.

Si considera *"buona giurisprudenza"*, come è stato autorevolmente affermato⁴⁷, quella che si colloca in ciò che è stato denominato *"orizzonte di attesa"* culturale.

Ma la conformità al contesto culturale non può certo essere sufficiente.

Occorre che il risultato ermeneutico raggiunto sia conforme al quadro di principi e valori fissati, non solo, dalla nostra costituzione ma, anche, dalla Carta dei diritti fondamentali; la cui natura *"sostanzialmente"* costituzionale è stata, ormai, riconosciuta dalla nostra Corte costituzionale⁴⁸.

Il dialogo delle Alte Corti, in questo contesto, risulterà decisivo.

⁴³ Cfr. TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto*, cit., pag. 14.

⁴⁴ Cfr. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, (1965), Bologna, 2009, pag. 26.

⁴⁵ Cfr. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, cit. pag. 314.

⁴⁶ Cfr. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, cit. pag. 320.

⁴⁷ Cfr. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, cit. pag. 322.

⁴⁸ C Cost. 269/2017, sul tema si veda TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, 24 gennaio 2018, in corso di pubblicazione in *Quaderni costituzionali 2018*. SERENA ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea* in www.federalismi.it. 31 gennaio 2018.

Con operazioni di bilanciamento di diritti e principi che sono, in gran parte, da scoprire.

Viviamo nel tempo della complessità⁴⁹, anche sotto il versante giuridico.

Prendiamone atto.

⁴⁹ Sul tema si veda CERUTI, Il tempo della complessità, Milano, 2018.