

ALL'INTERNO

Proprietà e disponibilità giuridica dei mezzi: l'impatto delle nuove tecnologie sulla genuinità dell'appalto
Irene Tagliabue, p. 2

Anche nel subappalto non è esclusa la configurazione dell'interposizione illecita di manodopera
Giovanni Pigliarmi, p. 4

Rassegna delle principali pronunce giurisprudenziali del 2020 in materia di lavoro autonomo, coordinato ed etero-organizzato
Federica Capponi, p. 5

COMMENTI BREVI

Nota INL 1037/2020 sulle disposizioni ex d.l. 124/2019: analisi degli oneri dell'Ispettorato in caso di illeciti negli appalti *labour intensive*
Irene Tagliabue, p. 7

Esclusione del personale assorbito durante il cambio appalto dalla base di computo della quota di riserva
Giada Benincasa, p. 8

Quali sono gli indici tipici della c.d. parasubordinazione? Spunti di riflessione a margine di una recente sentenza del Tribunale di Roma
Federica Capponi, p. 9

La recente giurisprudenza in materia di clausole sociali: profili sostanziali e processuali
Giovanni Pigliarmi, p. 10

Sui limiti al subappalto ex art. 105 d.lgs. 50/2016: la posizione del TAR Marche, sent. 59/2020
Irene Tagliabue, p. 11

SCHEDE TECNICHE p. 13

DOCUMENTI p. 17

Un anno di certificazione



Giada Benincasa

L'emergenza sanitaria da COVID-19 non poteva non influire anche sulle attività della nostra commissione di certificazione presso il Centro Studi Internazionali e Comparati DEAL (Diritto Economia Ambiente Lavoro) del Dipartimento di Economia "Marco Biagi" dell'Università degli studi di Modena e Reggio Emilia. Una breve analisi di quanto accaduto dall'angolo di osservazione della certificazione è invero di un certo interesse perché ci aiuta a leggere l'impatto della pandemia sulle vicende contrattuali. **Nel primo semestre del 2020 abbiamo registrato, in particolare, un significativo arresto nel settore socio-assistenziale** rilevando un numero decisamente inferiore di contratti sottoposti a certificazione rispetto allo scorso anno. **Al contrario, un notevole incremento lo abbiamo rilevato nell'ambito delle attività eseguite all'interno degli ambienti confinati** con particolare riferimento ai contratti di subappalto sottoposti a certificazione ai sensi dell'obbligo previsto dal DPR n. 177/2011 e che, merita ricordare, ritroviamo in molti di quei settori che durante la primavera scorsa sono stati ritenuti essenziali (e dunque operativi). In tale contesto pare di

interesse evidenziare altresì **una crescita delle istanze di certificazione degli accordi di distacco**, quale forma di "flessibilità controllata" cui possono ricorrere i datori di lavoro con l'interesse di non perdere "capitale umano" collocato temporaneamente presso un altro datore di lavoro (è questo sicuramente il caso, ad esempio, del distacco nell'ambito di un gruppo di imprese).

Un altro dato interessante che rappresenta un elemento di novità per l'attività della Commissione di certificazione DEAL-UNIMORE, è quello inerente alle procedure di conciliazione volontaria effettuate in via telematica.

Infine, sul tema del **lavoro autonomo e parasubordinato**, complici anche le dinamiche da ultimo intervenute nell'ambito del **lavoro eseguito mediante piattaforma** (di cui proponiamo un inserto speciale in questo numero), non sono mancati spunti di riflessione per alcuni approfondimenti condotti dalla nostra Commissione e che ritroverete - assieme agli altri temi affrontati - all'interno del Bollettino della Commissione certificazione 2-4.

 @BenincasaGiada

INSERTO SPECIALE

Il lavoro mediante piattaforma tra qualificazione del rapporto di lavoro e prospettive per la certificazione

p. 19

Proprietà e disponibilità giuridica dei mezzi: l'impatto delle nuove tecnologie sulla genuinità dell'appalto



Irene Tagliabue

Nel corso degli anni, si è sviluppato un acceso dibattito intorno alla possibilità che l'assenza di proprietà o di disponibilità giuridica dei mezzi in capo all'appaltatore potesse compromettere *in toto* la genuinità di un appalto.

Ad oggi, secondo consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Cass. 23615/2020, Cass. 14371/2020, Cass. 6948/2020 e Cass. 21413/2019), **l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di capitali, macchine ed attrezzature fornite dal committente dà luogo ad una presunzione legale assoluta di sussistenza della fattispecie, c.d. pseudoappalto, vietata dalla legge n. 1369 del 1960, solamente nel caso in cui il conferimento di mezzi sia di rilevanza tale da rendere marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore.** La modestia di tale contributo deve, inoltre, essere accertata in concreto dal giudice, tenendo in considerazione la tipologia di attività di volta in volta appaltata.

Con la logica conseguenza che, anche nel caso di fornitura di macchine ed attrezzature da parte del committente, tale presunzione legale assoluta non sembrerebbe sussistere quando il contributo dell'appaltatore sia rilevante e valutabile con specifico riferimento al conferimento di capitale, *know how*, *software* e

beni materiali, determinanti per la realizzazione dell'appalto nel suo complesso. Tale criterio ha assunto ancora maggiore forza e rilevanza con l'entrata in vigore del d.lgs. 276/2003, con cui la citata presunzione, concepita, va sottolineato, in un periodo storico in cui l'apporto digitale e tecnologico era profondamente differente da quello attuale, è stata oggetto di abrogazione.

Ad oggi, infatti, non è più richiesto che l'appaltatore sia titolare dei mezzi di produzione necessari alla realizzazione dell'opera, nonostante vada ricordato che la proprietà e/o la disponibilità giuridica dei mezzi rimane ancora oggi un indice importante di valutazione della genuinità degli appalti stessi. Pertanto, anche nel caso in cui l'appaltatore dovesse decidere di utilizzare strumenti di proprietà del committente, sarebbe comunque possibile arrivare a confermare la sussistenza di genuinità dell'appalto, a patto che, naturalmente, siano ravvisabili apprezzabili indici di autonomia organizzativa.

Così, se, da un lato, in appalti che richiedono l'impiego di importanti attrezzature, il requisito dell'autonomia organizzativa deve essere valutato se non in funzione della proprietà dei mezzi,

quantomeno in relazione all'organizzazione di questi ultimi, dall'altro, negli appalti cd. *labour intensive*, connotati da una forte incidenza della forza lavoro, è sufficiente che in capo all'appaltatore sussista una effettiva gestione dei propri lavoratori (sul tema si sono espresse, recentemente, in particolare, Cass. 14371/2020 e Cass. 23615/2020).

Operata questa doverosa premessa, in questa sede si ritiene opportuno valutare se ed in che modo l'apporto di nuove tecnologie possa incidere sulla genuinità di un appalto, **concentrandosi in particolare sulla possibilità che la messa a disposizione di strumenti tecnologici quali *software* e *hardware* da parte del committente possa compromettere l'autonomia organizzativa, nonché il concreto esercizio del potere datoriale, dell'appaltatore.**

Il tema è stato oggetto di recente analisi da parte della giurisprudenza, posto che risulta ormai consolidato il principio secondo cui la tecnologia sia oggi in grado di alterare il rapporto di soggezione del lavoratore nei confronti del datore di lavoro.

Riguardo a queste tematiche, il **Tribunale di Padova, con sent. 550/2019**, è stato chiamato a

esprimersi sulla possibilità che i dipendenti di una cooperativa, impiegati nello svolgimento di attività di movimentazione della merce, potessero essere riqualificati come lavoratori subordinati alle dipendenze del committente in ragione delle modalità di concreta realizzazione delle attività all'interno del magazzino.

Secondo la ricostruzione avvenuta in giudizio, infatti, proprio attraverso l'utilizzo di strumenti tecnologici (es. palmari e cuffiette) dotati di un *software* di proprietà del committente, quest'ultimo aveva la possibilità di impartire direttive ai lavoratori dell'appaltatore, organizzando e controllando in tempo reale le attività svolte.

Il Tribunale, nel caso di specie, ha riconosciuto la sussistenza di un potere di etero direzione da parte del committente, esercitato proprio tramite l'utilizzo del *software*, attraverso cui venivano scandite, coordinate e registrate le singole operazioni eseguite dai lavoratori dell'appaltatore.

Il giudice, nell'imputare il rapporto ad un soggetto diverso rispetto al datore di lavoro formale, ha utilizzato alcuni degli indici sintomatici della non genuinità di un affidamento, formalmente qualificato come appalto, ma, in vero, dissimulante una somministrazione di lavoro. In particolare, si è concentrato su elementi quali il potere di organizzazione dei mezzi necessari allo svolgimento dell'attività e il potere direttivo sui lavoratori impiegati (riguardo a questi ultimi elementi si veda F. Meiffret, *Il concetto di subordinazione deve essere adeguato alle nuove tecnologie*, in *Il Giuslavorista*, giurisprudenza commentata del 28 ottobre 2019).

Per tale ragione, si è oggi inclini a ritenere che l'utilizzo da parte di appaltatori (o subappaltatori)

di *software* di proprietà del committente potrebbe costituire un serio rischio per la genuinità dell'appalto, in particolare nell'ambito di appalti *labour intensive* in cui il contributo dell'appaltatore in termini di *know how* e professionalità risulti estremamente marginale.

Rischio che si concretizza chiaramente nel momento in cui dagli strumenti tecnologici in dotazione ai lavoratori -e di proprietà del committente- provengano ordini e direttive di qualsiasi tipo, in grado di compromettere significativamente l'autonomia nell'organizzazione del lavoro dell'appaltatore. Ai fini di evitare, pertanto, il rischio di riqualificazione dei rapporti di lavoro in capo al committente, si è propensi a sottolineare l'importanza che *software* e *hardware* siano di proprietà o, qualora questo non sia possibile, nella piena disponibilità giuridica di chi concretamente realizza l'attività oggetto dell'appalto. Con conseguente e logica esclusione dalla gestione e dall'organizzazione del lavoro del committente, che non dovrebbe, inoltre, avere accesso ad alcuno dei dati estrapolabili attraverso la tecnologia utilizzata. A quest'ultimo infatti, nonostante l'evoluzione digitale in atto, non andrebbero riconosciuti diritti e poteri ulteriori rispetto a quelli di normale supervisione delle attività appaltate. Da ultimo, se è pur vero quanto sopra esposto e deve essere ricordato il rischio potenziale di utilizzo di *software* di proprietà del committente, è altrettanto importante ricordare che determinante, ai fini della valutazione della genuinità dell'appalto, è anche la tipologia di attività appaltata. Come sopra accennato, infatti, la

riqualificazione dei rapporti di lavoro in capo al committente sarà tanto più facile quanto più marginale sia il contributo in termini di professionalità, *know how* e ulteriori beni materiali messi a disposizione dall'appaltatore. Pertanto, se risulta comprensibile la decisione del Tribunale di Padova, chiamato ad esprimersi relativamente all'appalto di attività relativamente elementari e ripetitive, è possibile che la giurisprudenza non approderebbe con la stessa celerità ad analoga conclusione in caso di appalti di servizi di altra natura. **In particolare, nel caso in cui oggetto dell'appalto siano attività complesse, nelle quali sono implicati professionalità e *know how* di alto livello dei lavoratori coinvolti, sarebbe possibile, sulla base di quanto affermato dalla giurisprudenza più recente, concludere a favore della sussistenza di genuinità dell'appalto, indipendentemente dalla proprietà effettiva dei *software* utilizzati.** Sul tema si è espressa in particolare Cass. 14371/2020, quando ha affermato che la mancanza di genuinità dell'appalto in assenza di proprietà dei mezzi non sia configurabile nel momento in cui risulti comunque un rilevante apporto dell'appaltatore, mediante conferimento di elementi quali capitali -differenti da quelli impiegati per la retribuzione dei lavoratori e per sostenere il costo del lavoro- *know how* e, in generale, beni immateriali aventi rilievo preminente nell'economia dell'appalto. Ciò in ragione del fatto che, nel caso in cui siano posti in essere appalti di servizi ad alto contributo professionale, nonostante la messa a disposizione di tecnologie da parte del committente, sarebbe più

difficilmente dimostrabile l'esercizio di quest'ultimo di un potere di etero direzione nei confronti dei lavoratori, tale da determinare la riqualificazione dei rapporti di lavoro degli stessi. In un contesto in continua

evoluzione quale quello descritto, in cui l'utilizzo di nuovi *software* apre svariati dubbi interpretativi, un ruolo determinante potrebbe essere giocato proprio dalle Commissioni di certificazione che, attraverso la certificazione

del contratto o eventuali analisi preliminari, potrebbero fornire valido supporto in merito alla individuazione di criticità nel merito.

 @TagliabuIrene

Anche nel subappalto non è esclusa la configurazione dell'interposizione illecita di manodopera



Giovanni Pigliarmini

Anche nell'ambito di un **contratto di subappalto**, non è escluso “che possa configurarsi l'interposizione vietata ex art. 1, l. n. 1369/1960, in quanto ciò che rileva” ai fini della configurazione del divieto non è la sussistenza di una fattispecie contrattuale tipica (il contratto di appalto) ma “**la dissociazione tra autore dell'assunzione ed effettivo beneficiario della prestazione azione**”; in questo senso si è pronunciata la Corte di Cassazione (**sent. 10 novembre 2020, n. 25220**) che ha riscontrato l'ipotesi di un'interposizione illecita a fronte di un appaltatore che forniva personale non direttamente ma mediante la stipulazione di un contratto di subappalto con un'altra impresa. Secondo la Corte, gli orientamenti giurisprudenziali precedenti in materia (cfr. **Cass. n. 5721/1999; Cass. n. 1264/1982**) non hanno distinto “tra appalto e subappalto di manodopera, in quanto il divieto di intermediazione di cui all' art.1 della legge n. 1369 del 1960 fa riferimento

oltre che all'appalto, anche al subappalto ed anche a qualsiasi altra forma di intermediazione e interposizione”. A parere dei giudici di legittimità, quindi, il divieto di intermediazione – fatti salvi i casi previsti dalla legge – si concretizza tutte le volte in cui “*le prestazioni abbiano obiettiva esecuzione in favore di un soggetto diverso da colui che ha assunto il lavoratore*”. Come è noto, **lo scopo di tale divieto consistente nell'evitare che la dissociazione tra l'autore dell'assunzione e l'effettivo beneficiario delle prestazioni di lavoro si risolva in un ostacolo al diritto del lavoratore di pretendere il più vantaggioso trattamento che gli sarebbe spettato se assunto direttamente dal beneficiario**. Nel caso di specie, infatti, **un lavoratore, assunto formalmente dall'impresa subappaltatrice**, svolgeva attività di confezionamento, imballaggio, spedizione e trasporto di prodotti editoriali **per conto dell'impresa**


committente ma sotto la direzione e il controllo dell'appaltatore, nonché attraverso l'impiego di mezzi appartenenti a quest'ultimo. I giudici hanno rilevato come il requisito della proprietà dei mezzi utilizzati dai lavoratori sia uno degli indici di genuinità per distinguere lo schema contrattuale dell'appalto (o del subappalto) dalla mera somministrazione di manodopera, osservando proprio che “*l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante dà luogo ad una presunzione legale assoluta di sussistenza*” del divieto di intermediazione di cui all'art. 1 della legge n. 1369 del 1960, soprattutto “*quando detto conferimento di mezzi sia di rilevanza tale da rendere del tutto marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore*”.

Tuttavia, la Corte di Cassazione ha anche precisato che è da escludere la configurazione

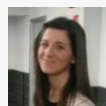
dell'intermediazione illecita di manodopera tutte le volte in cui "nonostante la fornitura di macchine ed attrezzature specializzate da parte dell'appaltante, **sia verificabile un rilevante apporto da parte dell'appaltatore, mediante il conferimento di capitale (diverso da quello impiegato in retribuzioni ed in genere per**

sostenere il costo del lavoro), "know how" ed in genere beni immateriali, aventi rilievo preminente nell'economia dell'appalto", confermando così, oltre il consolidato orientamento giurisprudenziale in materia (Cass. 30 ottobre 2002, n. 15337; Cass. 12 dicembre 2001, n. 15665; Cass. 25 giugno 2001, n. 8643; Cass. Sez.

Un. 19 ottobre 1990, n. 10183), anche la legittimità dell'indirizzo interpretativo espresso dal Ministero del Lavoro (cfr. interpello 22 ottobre 2009, n. 77; circolare 11 febbraio 2011, n. 5).

 @Gio_Pigliararmi

Rassegna delle principali pronunce giurisprudenziali del 2020 in materia di lavoro autonomo, coordinato ed etero-organizzato



Federica Capponi

Il 2020 si è caratterizzato per importanti pronunce della giurisprudenza di legittimità e di merito in materia di lavoro autonomo e coordinato. A tal riguardo, non può non essere segnalata la sentenza della **Corte di Cassazione 24 gennaio 2020, n. 1663** (per un commento da parte di più Autori si rinvia al Focus sulla citata sentenza *Un approdo e un punto di partenza*, contenuto nella Rivista Lavoro, Diritti, Europa, 2020, n. 1), con la quale la Suprema Corte, pronunciandosi sulla natura della collaborazione instauratasi tra una nota piattaforma digitale di *food delivery* e i *rider*, si è espressa in merito alla **nozione di collaborazione organizzata dal committente di cui all'art. 2 del D. Lgs. n. 81/2015** (sebbene con riferimento alla formulazione antecedente alla modifica introdotta dalla citata L. n. 128/2019). La sentenza sembra operare una prima

sintesi del dibattito sorto attorno al tema del lavoro autonomo etero-organizzato posto che, dalla sua introduzione nell'ordinamento ad oggi, la disposizione in questione non ha smesso di alimentare un vivace dibattito nella dottrina (per una ricostruzione degli orientamenti della dottrina al riguardo cfr. I. Diamanti, *Il lavoro etero-organizzato e le collaborazioni coordinate e continuative*, in DRI, 2018, n. 1, p. 105 e ss.).

Nello specifico, la Cassazione ha rigettato il ricorso contro la pronuncia della Corte d'Appello di Torino, confermando dunque la natura etero-organizzata della collaborazione, chiarendo però che, anzitutto, la disposizione in questione non può essere considerata una "norma apparente" non in grado di produrre effetti nell'ordinamento (è bene ricordare, invece, che in questi termini si era espresso in primo grado il Tribunale

di Torino). In particolare, secondo la Corte, la disposizione, che deve essere considerata a tutti gli effetti **norma di disciplina**, risponde a una precisa politica legislativa e ha una **funzione, al contempo, "di prevenzione"** rispetto al possibile utilizzo abusivo delle collaborazioni coordinate e continuative e **"rimediabile"**, in quanto volta a **garantire la protezione derivante dalla applicazione della disciplina del lavoro subordinato a fattispecie che, seppure di lavoro autonomo (così devono essere considerate, secondo la Corte, le collaborazioni etero-organizzate), risultano essere meritevoli di tutela.**

Inoltre, la Cassazione ha specificato che **alle collaborazioni che presentino i requisiti di cui all'art. 2, comma 1 del D. Lgs. n. 81/2015 debbano essere applicate tutte le disposizioni**

proprie della disciplina del lavoro subordinato, negando ogni eventuale margine di discrezionalità in capo al giudice nella selezione delle misure applicabili, fatto salvo il caso delle disposizioni «ontologicamente incompatibili» con il caso di specie (al contrario, la Corte d'Appello di Torino aveva individuato una selezione di disposizioni applicabili).

A distanza di poco meno di un anno, il **Tribunale di Palermo, con sentenza n. 3570 del 24 novembre 2020** (al riguardo, se si vuole, si veda l'inserito speciale di questo numero, dedicato al lavoro tramite piattaforma digitale), ravvisando nel rapporto di collaborazione intercorso tra un rider ed altra nota piattaforma digitale di *anything delivery* non solo la etero-organizzazione della prestazione ma anche la sua eterodirezione, ha **dichiarato l'esistenza tra le parti di un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato**, con diritto del rider alla reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 St. Lav. per l'illegittimo licenziamento perpetrato tramite la disconnessione del lavoratore dalla piattaforma. In questa sede, preliminarmente, il Giudice ha chiarito che la **piattaforma digitale di *delivery***, anche alla luce della recente sentenza della CGUE (Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 dicembre 2017, C-434/15) relativa caso Uber, **deve essere considerata non una mera piattaforma di intermediazione di servizi ma una impresa di trasporto e distribuzione, cui, pertanto, possono essere imputati anche rapporti di lavoro subordinato**. Inoltre, secondo il Tribunale di Palermo, **la piattaforma digitale «non è un terzo, dovendosi con essa**

identificare il datore di lavoro che ne ha la disponibilità e che programma gli algoritmi», i quali sono in grado di etero-organizzare la prestazione ed esercitare il potere di eterodirezione tipico del datore di lavoro nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. (quali, fra tutti, il potere disciplinare, ravvisato nella forzata disconnessione dell'account del lavoratore a seguito di particolari eventi). Infine, la Corte di merito ha chiarito che **le tutele indennitarie di cui all'art. 47-ter del D. Lgs. n. 81/2015 (così come quelle previste dall'art. 47-bis all'art. 47-septies) si applicano unicamente ai rapporti di lavoro autonomo occasionale**.

In tema di qualificazione dei rapporti e indici della subordinazione va altresì ricordata la pronuncia del Tribunale di Bologna (**Trib. Bologna, 20 ottobre 2020**) con la quale il Giudice ha riquilibrato nei termini della subordinazione il rapporto formalmente di lavoro autonomo professionale intercorso tra una associazione professionale e gli infermieri ad essa associati, in ragione di una pluralità di indici della subordinazione, tra cui la possibilità per lo pseudo committente di organizzare unilateralmente i turni degli infermieri tramite l'utilizzo di una piattaforma digitale (per un commento si rinvia a G. Benincasa, *Ai confini tra autonomia e subordinazione: la qualificazione del rapporto degli infermieri*, in corso di pubblicazione in *DRI*, 4, 2020).

Infine, sull'argomento si segnala altresì la pronuncia del Tribunale di Roma (**Trib. Roma, 20 ottobre 2020**) con la quale il Giudice ha riquilibrato nei termini della subordinazione il rapporto di lavoro formalmente autonomo intercorso tra una nota emittente radiofonica e

una conduttrice, quale conseguenza della conversione ex art. 61 del D. Lgs. n. 276/2003 (norma applicabile al caso di specie in ragione del periodo interessato dalla vicenda) del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa concretamente posta in essere dalle parti. La conversione del rapporto di collaborazione in rapporto di lavoro subordinato è avvenuta, *ratione temporis*, in ragione del fatto che tra il 2012 e il 2014 non è stata ravvisata la presenza di un progetto che avesse i requisiti posti dalla legge. Dalle argomentazioni dell'organo giudicante, infatti, sembrerebbe che il rapporto si sia comunque svolto alla stregua di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa pur senza avere un progetto (mancanza che la legge, fino a qualche anno fa, sanzionava con la conversione del rapporto). Tant'è che nel rapporto vengono riscontrati dal giudice gli indici tipici della parasubordinazione, tra i quali annovera l'erogazione con cadenza mensile di un compenso fisso, la previsione del tacito rinnovo del contratto in caso di mancato esercizio del diritto di recesso e lo svolgimento dell'attività lavorativa in modo personale e continuativo, necessità di coordinamento con le esigenze organizzative dell'azienda con riferimento al tempo della prestazione; programmazione delle attività secondo le esigenze del committente; elemento della continuità della prestazione (non occasionale o istantanea); prevalenza del fattore lavoro nell'obbligazione, fattore collegato in modo stringente all'organizzazione produttiva.

 @FedericaCapponi

COMMENTI BREVI

Nota INL 1037/2020 sulle disposizioni ex d.l. 124/2019: analisi degli oneri dell'Ispettorato in caso di illeciti negli appalti *labour intensive*



Irene Tagliabue

La Nota INL 1037/2020 si inserisce nell'ambito dell'analisi del campo di applicazione dell'art. 4 del d.l. 124/2019, che ha introdotto all'interno del d.lgs. 241/1997 l'art. 17-*bis*, il quale regola nuovi obblighi in capo ai committenti negli appalti *labour intensive*. In particolare, intende chiarire quali siano gli oneri e le competenze dell'Ispettorato in materia di istruttoria ed accertamento dei rapporti in tale ambito, qualora siano ravvisabili degli illeciti a carico del committente.

In particolare, l'Ispettorato ricorda innanzitutto che, a partire dal 1 gennaio 2020, i committenti “che affidano la realizzazione di una o più opere o servizi di importo complessivo annuo superiore a 200.000 euro a un'impresa, usufruendo di contratti di appalto, subappalto, affidamento a soggetti consorziati o altri rapporti negoziali, caratterizzati da prevalente utilizzo di manodopera, presso le sedi di attività del committente e con l'utilizzo di beni strumentali di proprietà di quest'ultimo o ad esso riconducibili, sono tenuti a richiedere all'impresa appaltatrice e alle imprese subappaltatrici, copia delle deleghe di pagamento relative al versamento delle ritenute (...), trattenute dall'appaltatrice e dalle imprese subappaltatrici ai lavoratori direttamente impiegati nell'esecuzione dell'opera o del servizio. Il versamento delle ritenute è effettuato dall'impresa appaltatrice o affidataria e dall'impresa subappaltatrice, con distinte deleghe per ciascun committente, senza possibilità di compensazione”.

La normativa prevede che, se gli obblighi sopra elencati

dovessero essere violati, il committente avrà facoltà di sospendere il pagamento dei corrispettivi maturati dall'impresa appaltatrice o affidataria “sino a concorrenza del 20% del valore complessivo dell'opera o del servizio ovvero per un importo pari all'ammontare delle ritenute non versate rispetto ai dati risultanti dalla documentazione trasmessa”.

Nel ripercorrere gli oneri di verifica in capo all'Ispettorato, con specifico riferimento alla disposizione oggetto in analisi, la nota INL ricorda in primo luogo che, nella circolare della Agenzia delle entrate n. 1E del 12 febbraio 2020, la relazione illustrativa alla disposizione evidenzia come la finalità degli obblighi risieda nella necessità di contrastare il fenomeno degli omessi o insufficienti versamenti delle ritenute fiscali sui percettori di redditi di lavoro dipendente e assimilati attraverso la creazione di sistemi di controllo posti a carico del committente di appalti c.d. “*labour intensive*”.

In particolare, ribadisce l'Ispettorato, la violazione degli obblighi previsti in capo al committente è sanzionata con una somma pecuniaria. L'Agenzia delle entrate precisa poi che tale somma non è dovuta quando, anche nel caso in cui il committente non abbia correttamente adempiuto agli obblighi di cui ai commi da 1 a 3, l'impresa appaltatrice/affidataria/subappaltatrice abbia correttamente assolto gli obblighi legislativamente previsti, ovvero abbia usufruito dell'istituto del ravvedimento operoso previsto dal d.lgs. 472/1997, al fine di sanare le violazioni eventualmente commesse, prima della contestazione da parte degli organi preposti

al controllo.

Ne deriva, quindi, che l'illecito a carico del committente si realizza solo all'esito di tale ulteriore verifica negativa da parte dei soggetti preposti alla vigilanza fiscale.

Alla luce di ciò in conformità a quanto ritenuto dall'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali con nota di cui al Prot. n. 1211 del 25 novembre 2020, **si deve concludere che gli obblighi di controllo del committente siano diretti esclusivamente a rendere effettivi gli adempimenti di natura fiscale posti a carico delle imprese affidatarie. Pertanto, la loro violazione non può essere ricondotta all'ambito delle violazioni in**

materia di lavoro e legislazione sociale, in relazione alle quali può ritenersi sussistente una competenza dell'Ispettorato nazionale del lavoro. Al contrario, si ritiene che la sanzione da irrogare nei confronti del committente debba essere assoggettata allo stesso regime e alla identica procedura, secondo la disciplina dettata dal d.lgs. 472/1997.

Pertanto, l'INL non ritiene possa configurarsi, in relazione alle violazioni di cui all'art. 17 bis del d. lgs. 241/1997, alcuna competenza dell'Ispettorato stesso né con riguardo al loro accertamento né ai fini dell'art. 17 e ss. della l. 689/1981.

 @TagliabuIrene

Il personale assorbito durante il cambio di appalto è escluso (temporaneamente) dalla base di computo della quota di riserva ex lege n. 68/1999: qualche chiarimento dall'INL



Giada Benincasa

Con la nota 1046 del 26 novembre 2020, l'INL fornisce chiarimenti sulla modalità di individuazione della base di computo per il calcolo della quota di riserva ai sensi dell'art. 3, della L. n. 68/1999 per le imprese che subentrano in un appalto.

Nel merito tale chiarimento riguarda l'ipotesi di acquisizione di personale già impiegato in un appalto – sebbene limitatamente alle imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati – ricordando che il Ministero del lavoro, con la circolare n. 77/2001, ha inizialmente specificato che **la copertura della quota di riserva deve essere assicurata calcolandola “sulla base dell'organico già in servizio presso l'impresa medesima al momento dell'acquisizione dell'appalto,** ferma restando, com'è evidente, la permanenza in servizio dei disabili eccedenti provenienti dall'impresa cessata, a norma di legge”, considerato altresì il carattere provvisorio dell'incremento occupazionale (destinato a subire una contrazione al termine dell'esecuzione dell'appalto stesso). Pertanto, **il personale che transita dall'azienda uscente alla**

subentrante non dovrà essere computato nella quota di riserva ai fini dell'art. 3 della L. n. 68/1999.

Tale interpretazione, come rilevato dalla nota in commento, è stata **confermata con l'interpello n. 23/2012, nonché dalla più recente giurisprudenza (Cons. Stato, 2252/2017)** con riferimento ad appalto di “servizi di assistenza educativa domiciliare” in favore dei minori, affermando che “... l'incremento occupazionale del personale già impegnato in un appalto e acquisito per “cambio appalto” ha carattere provvisorio, destinato a ridursi al termine dell'esecuzione dell'appalto, e pertanto non dovrà essere computato nella quota di riserva”.

A tal proposito, dunque, si ritiene consolidato l'orientamento per cui in caso di “cambio appalto”, il personale assorbito in adempimento di obbligo di legge, contratto collettivo o clausola contenuta nel bando è escluso dalla base di computo della quota di riserva ex lege n. 68/1999.

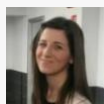
Tuttavia, merita sottolineare che vi è un **limite temporale all'esclusione dalla base di computo** per il calcolo della quota di riserva dei lavoratori acquisiti per

cambio appalto. Difatti, **in assenza di una specifica disposizione normativa, lo stesso coinciderà con la durata dell'appalto** in quanto al termine dell'appalto il personale impiegato o transiterà nell'organico aziendale del soggetto subentrante per esserne escluso dalla relativa base di computo oppure, in caso contrario, verrà

assorbito in maniera permanente nell'organico della cedente venendo così calcolato nella relativa base di computo.

 @BenincasaGiada

Quali sono gli indici tipici della c.d. parasubordinazione? Spunti di riflessione a margine di una recente sentenza del Tribunale di Roma



Federica Capponi

Il Tribunale di Roma, con sentenza del 20 ottobre 2020, oltre a pronunciarsi sulla legittimità della impugnazione stragiudiziale del licenziamento trasmessa via PEC (aspetto che non si intende approfondire in questa sede), fornisce interessanti spunti di riflessione circa la distinzione tra lavoro autonomo ex art. 2222 c.c. e lavoro coordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c. In particolare, il Giudice è stato chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di accertamento di un rapporto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. avanzata da una conduttrice radiofonica, la quale, nel tempo, era stata ingaggiata dalla parte convenuta (una nota radio) con una pluralità di contratti di lavoro autonomo professionale ex art. 2222 c.c. Secondo il Tribunale di Roma il rapporto in questione **aveva assunto *ab origine* le forme e la sostanza di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa** in quanto «*lo svolgimento dell'attività dedotta in contratto*» è resa "in modo personale e continuativo, tenendo conto della necessità di coordinarsi con le esigenze organizzative dell'azienda con riferimento al tempo della prestazione». Tuttavia, pur non avendo ravvisato il vincolo della subordinazione «*intesa come assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare dell'imprenditore, mediante l'inserzione organica, continuativa e sistematica nell'organizzazione tecnica, economica ed amministrativa dell'impresa di cui lo stesso diventi parte integrante*», il Tribunale di Roma ha accolto la richiesta, riqualificando il rapporto di lavoro nei termini della subordinazione giuridica. Infatti, il rapporto intercorso tra le parti aveva interessato anche il lasso temporale relativo alla vigenza

degli artt. 61-69-bis del D. Lgs. n. 276/2003 così come modificato dalla L. n. 92/2012, articoli dai quali discende la sanzione della conversione in rapporto di lavoro subordinato della collaborazione coordinata e continuativa instaurata senza l'individuazione di un progetto (cfr. in particolare l'art. 69, comma 1, del citato decreto legislativo). Dunque, se il rapporto avesse avuto luogo in periodo successivo al superamento del lavoro a progetto ad opera dell'art. 52 del D. Lgs. n. 81/2015, il Giudice avrebbe accertato la sussistenza di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa ex art. 409, n. 3, c.p.c.

L'organo giudicante ritiene infatti che «*sulla base delle previsioni contrattuali, l'attività dedotta in contratto sia inquadrabile nella fattispecie della **cd. parasubordinazione**, che si individua nella prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, non a carattere subordinato*». Nello specifico, il Tribunale di Roma ha ravvisato i seguenti **elementi tipici della parasubordinazione**: compenso fisso, erogato con cadenza mensile; tacito rinnovo del contratto in caso di mancato esercizio del diritto di recesso; svolgimento dell'attività dedotta in modo personale e continuativo; necessità di coordinamento con le esigenze organizzative dell'azienda con riferimento al tempo della prestazione; programmazione delle attività secondo le esigenze del committente; elemento della continuità della prestazione (non occasionale o istantanea); prevalenza del fattore lavoro nell'obbligazione, fattore collegato in modo stringente

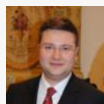
all'organizzazione produttiva.

In conclusione, la pronuncia brevemente riassunta tenta di individuare gli elementi tipici della collaborazione coordinata e continuativa, integrando il quadro offerto dai precedenti giudiziari sul tema, i quali, nel tentativo di demarcare il confine tra etero-organizzazione (di cui all'art.2 del D. Lgs. n. 81/2015) e coordinamento, hanno individuato l'essenza del coordinamento della collaborazione coordinata continuativa ex art. 409, n. 3,

c.p.c., specificando che «l'elemento della "etero-organizzazione" [...] appare certamente qualcosa di più invasivo rispetto al mero "coordinamento" con il committente, tipico delle co.co.co. di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c., nelle quali le modalità di esecuzione della prestazione sono il frutto di un accordo delle parti» (cfr. Trib. Roma 18 giugno 2019; v. anche Trib. Roma, n. 658 del 17 gennaio 2012; Trib. Roma 12 ottobre 2000).

 @FedericaCapponi

La recente giurisprudenza in materia di clausole sociali: profili sostanziali e processuali



Giovanni Pigliarmini

Nel precedente Bollettino, ci eravamo soffermati sulle conseguenze che potevano derivare in caso di violazione di quelle **clausole del contratto collettivo** che dispongono dei limiti ai **divieti di esternalizzazione** (cfr. **G. Pigliarmini, I limiti alle esternalizzazioni posti dal contratto collettivo. Alcuni spunti critici, in q. Bollettino, 2020, n. 1, p. e ss.**). Le conclusioni alle quali pervenimmo riguardavano la scarsa esigibilità di questa tipologia di clausole. In realtà, le clausole sociali non si esauriscono in questo ambito. Infatti, queste possono essere classificate in tre macro-tipologie: **a)** quelle mirate al **mantenimento occupazionale**; **b)** quelle che tutelano il **mantenimento dei diritti contrattuali** a contenuto economico; **c)** e, infine, quelle che introducono **forme di procedimentalizzazione**, mediante le quali, a livello aziendale, si rafforza l'esigibilità delle clausole sociali volte a tutelare l'occupazione e il mantenimento del trattamento economico (**M. Faioli, Relazioni industriali e clausole sociali nel sistema autostradale, in Federalismi.it, 2020, n. 9, p. 133**). Le clausole che disciplinano o delimitano le ipotesi di esternalizzazione sono riconducibili all'ultima tipologia citata (a titolo di esempio, si veda l'art. 42 del CCNL Assologistica oppure l'art. 97 del CCNL Federlaberghi).

L'art. 4 del CCNL Multiservizi, invece, è ascrivibile alla tipologia di clausole volte a tutelare il mantenimento dei livelli occupazionali in caso di cambio appalto. La disposizione prevede che «nelle procedure di cambio di

appalto l'impresa subentrante [...] assumerà in qualità di dipendenti i lavoratori dipendenti e i soci-lavoratori con rapporto di lavoro subordinato trasferiti dall'azienda cessante». La disposizione individua anche una serie di casi in cui è necessario coinvolgere il sindacato nella gestione del personale, intervenendo così anche sotto il profilo procedimentale, oltreché quello di tutela.

Di recente, la giurisprudenza si è interrogata sugli effetti di questa clausola; in particolare: **a)** come essa si combina con la **tutela contro il licenziamento illegittimo** irrogato al lavoratore in caso di cambio appalto; **b)** quale **termine decadenziale** applicare nel caso in cui il lavoratore agisca in giudizio per far accertare il diritto ad essere assunto dall'impresa subentrante.

La Corte d'Appello di Milano (**sent. 20 febbraio 2019, n. 72**), riformando una sentenza del Tribunale che si era pronunciata sulla domanda giudiziale posta da un lavoratore, ha chiarito che ai fini dell'operatività dell'art. 4 del CCNL Multiservizi non è necessario che l'impresa uscente licenzi il dipendente per far sì che questo possa vantare il diritto di essere assunto dall'impresa subentrante perché il fatto costitutivo del diritto del lavoratore non è il licenziamento ma l'impiego all'interno dell'appalto nell'ambito del quale si verifica una sostituzione dell'impresa esecutrice.


In altri termini, l'art. 4 non subordina il riconoscimento del diritto del lavoratore a continuare a lavorare presso l'appalto, passato sotto la direzione dell'impresa

subentrante, al presupposto che l'impresa uscente lo licenzi. Tant'è che anche il dipendente non licenziato dal datore di lavoro uscente può agire in giudizio per vedersi riconoscere il diritto ad essere assunto dall'impresa subentrante. La tutela pattizia, quindi, può operare anche in assenza di un atto di recesso.

Rispetto a quest'ultima ipotesi, la recente giurisprudenza (Cass. 19 giugno 2020, n. 12030; Cass. 25 maggio 2017, n. 13179) ha anche chiarito che i termini di decadenza ai quali è soggetto l'esercizio della tutela prevista dalla clausola sociale pari a quella prevista dall'art. 4 del CCNL Multiservizi non soggiace ai termini di decadenza per l'impugnazione del licenziamento stabiliti dall'art. 32, comma 1 della legge n. 183/2010, né a quelli stabiliti per la contestazione del trasferimento (art. 32, comma 4, lett. c), né a quelli fissati per chiedere "la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto" (art. 32, comma 4, lett. d). E ciò perché mentre la clausola sociale disciplina un semplice avvicendamento di gestione, l'art.

32 presuppone "l'opposizione del lavoratore ad atti posti in essere dal datore di lavoro dei quali si invochi l'illegittimità o l'invalidità con azioni dirette a richiedere il ripristino del rapporto nei termini precedenti [...] o ancora, la domanda di accertamento del rapporto in capo al reale datore, fondata sulla natura fraudolenta del contratto formale". Il termine decadenziale è pertanto quello quinquennale.

La Corte milanese (sent. 20 febbraio 2019, n. 72) ha chiarito anche che tra l'ipotesi di cambio appalto disciplinate dall'art. 4 del CCNL Multiservizi e la cessione di azienda disciplinata dall'art. 2112 c.c. vi sarebbe una sostanziale differenza: nel primo caso, vi sarebbe la costituzione *ex novo* di tutti i rapporti, con azzeramento della pregressa anzianità ed eventualmente a condizionali contrattuali diverse; nel secondo caso invece si ha la continuità del rapporto in capo all'impresa cessionaria che deve garantire le stesse condizioni contrattuali.

 @Gio_Pigliararmi

Sui limiti al subappalto *ex art. 105 d.lgs. 50/2016*: la posizione del TAR Marche, sent. 59/2020



Irene Tagliabue

Con la sentenza 23 aprile 2020, n. 59, il TAR Marche si è espresso in termini inequivocabili riguardo ai limiti al subappalto in ambito pubblico, così come sanciti dall'art. 105 d. lgs. 50/2016 (c.d. Nuovo codice dei contratti pubblici). Secondo tale previsione, introdotta con la citata riforma, è fatto divieto all'appaltatore, aggiudicatario della gara d'appalto pubblica, di cedere in subappalto attività il cui importo vada a superare il 30% dell'importo complessivo dell'appalto. Intento del legislatore del 2016 era non solo quello di tutelare l'interesse dell'Amministrazione all'immutabilità dell'affidatario, ma anche quello di evitare l'elusione della procedura di selezione, che sarebbe vanificata nel momento in cui, nella fase esecutiva dei lavori, si verificasse una sostanziale sostituzione dell'affidatario con il subappaltatore. Tuttavia, la disciplina in esame è stata oggetto di dubbi interpretativi e di legittimità, nel corso degli anni.

Come noto, infatti, anche la giustizia comunitaria si è espressa sul tema. Con la sentenza 26 settembre 2019, causa C-63/18, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha evidenziato l'anomalia della disposizione prevista dal Codice dei contratti che limita il ricorso al subappalto nei termini descritti. In particolar modo, la Corte ha sottolineato come non dovrebbe esistere un assoluto limite invalicabile della quota di lavori subappaltabile, indipendentemente dalla *ratio* che possa aver spinto il legislatore nazionale ad introdurre una simile previsione, ponendo così dubbi riguardo la normativa italiana, nella dimensione in cui abbia imposto un divieto generale ed astratto.

Posizione, quella della CGUE, non condivisa dall'Autorità Nazionale Anticorruzione che, con l'Atto di segnalazione del 13 novembre 2019, successivo alla sentenza, ha sostenuto che non debba sussistere ad oggi un onere assoluto da parte

della Pubblica Amministrazione di uniformarsi al dettato comunitario. Nello specifico, l'ANAC, interpellato sulla questione, ha ribadito l'ammissibilità dell'introduzione, a determinate condizioni, di specifici limiti al subappalto, indipendentemente dalle indicazioni fornite dalla giustizia comunitaria nel merito.

Proprio nell'ambito di questo conflitto relativo alla vincolatività e alle ricadute in ambito nazionale della decisione della CGUE, un ruolo significativo è stato giocato dal **TAR Marche. La sentenza n. 59/2020, infatti, invocando il principio di primazia del diritto comunitario di cui alla sentenza n. 170/1984 della Corte Costituzionale, ha inequivocabilmente contraddetto l'ANAC.** La giustizia amministrativa ha, peraltro, definito "*singolare*" la tesi sostenuta con il parere del 17 dicembre 2019 secondo cui la P.A. potrebbe tranquillamente introdurre limiti al subappalto, a condizione che le clausole del bando rechino una specifica previsione, confliggente con la pronuncia, e l'aggiudicatario le abbia implicitamente accettate al momento della partecipazione. Secondo il TAR, infatti, un simile assunto sarebbe accettabile unicamente se si fosse formato un giudicato sulla legittimità della clausola del bando stessa. Inoltre, la posizione dell'ANAC, se sposata, porterebbe alla inevitabile conseguenza che della pronuncia della Corte di Giustizia non potrebbe avvalersi nemmeno il concorrente che, impugnando la clausola confliggente con le direttive appalti, ha provocato la decisione del giudice comunitario. Non sarebbe infatti possibile dubitare che anche nei confronti del ricorrente vittorioso si potrebbe muovere

l'obiezione sollevata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione. Questo scenario, aggiunge il TAR, andrebbe peraltro trasposto anche alla diversa, ma in qualche modo analoga, fattispecie del giudizio di costituzionalità delle leggi ordinarie, il che sarebbe "*ugualmente, se non di più, aberrante*". Da ultimo, non va poi dimenticato, ricorda giustamente la sentenza, che l'obbligo di disapplicare il diritto interno confliggente con le norme comunitarie è in capo unicamente al giudice e non anche alla Pubblica Amministrazione.

A ciò si aggiunga che il TAR sembra imporre un limite ulteriore alla P.A. Dalla lettura della sentenza, parrebbe emergere infatti che, **nel caso in cui l'Amministrazione voglia inserire nel bando una limitazione al subappalto, dovrà essere in grado di motivarla**, argomentando le particolari ragioni concrete in grado di giustificare tale scelta.

In conclusione, risulta chiara la posizione del TAR Marche, secondo cui, a seguito della pronuncia della CGUE, non debba più considerarsi esistente ad oggi un limite invalicabile alla quota subappaltabile nell'ambito degli appalti pubblici. Da ciò l'inevitabile considerazione che l'autorizzazione al subappalto dovrà essere concessa anche nel caso in cui quest'ultimo superi il limite del 30% dell'importo totale del contratto di appalto principale, fatta salva, naturalmente, la motivata valutazione da svolgere caso per caso dalla stazione appaltante.

 @TagliabuIrene

SCHEDE TECNICHE

Recenti tendenze della giurisprudenza in materia di contratti di appalto e rapporto di lavoro



Irene Tagliabue

<p>Cass. 27 ottobre 2020, n. 23615</p>	<p>Se l'attività oggetto dell'appalto si risolve prevalentemente nell'esecuzione di una prestazione lavorativa, è sufficiente che in capo all'appaltatore sussista l'effettiva gestione dei dipendenti. L'utilizzo dei macchinari o mezzi messi a disposizione del committente, infatti, non pregiudica la genuinità dell'appalto, in particolare in caso di appalto qualificabile come <i>labour intensive</i>.</p>
<p>Cass. 8 luglio 2020, n. 14371 e Cass. 11 marzo 2020, n. 6948</p>	<p>In tema d'interposizione nelle prestazioni di lavoro, l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di capitali, macchine ed attrezzature dall'appaltante dà luogo ad una presunzione legale assoluta di sussistenza della fattispecie vietata dall'art. 1, co. 1, l. n. 1369/1960 solo quando detto conferimento di mezzi sia di rilevanza tale da rendere del tutto marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore. La modestia di tale apporto, sulla quale riposa una presunzione "<i>iuris et de iure</i>", deve essere accertata in concreto dal giudice, in relazione all'oggetto e del contenuto intrinseco dell'appalto.</p>
<p>Cass. 14 agosto 2019, n. 21413</p>	<p>Mentre in appalti che richiedono l'impiego di importanti mezzi o materiali cd. "pesanti", il requisito dell'autonomia organizzativa deve essere valutato in funzione, se non della titolarità, quanto meno dell'organizzazione dei mezzi stessi, negli appalti cd. "leggeri" in cui l'attività si risolve prevalentemente o quasi esclusivamente nel lavoro, è sufficiente che in capo all'appaltatore sussista una effettiva gestione dei propri dipendenti.</p>
<p>Cass. 26 settembre 2019, n. 21368</p>	<p>L'utilizzo di attrezzature e beni della committente non rileva solo nel caso in cui l'attività appaltata si traduca sostanzialmente nell'esecuzione di un mero servizio organizzativo o logistico, in particolare nel caso in cui si tratti di materiale di modesto o non apprezzabile valore. In tal caso, può infatti rilevare, ai fini dell'individuazione di un appalto genuino, l'esistenza di una effettiva ed autonoma organizzazione del lavoro da parte dell'appaltatrice (es. in materia di facchinaggio). Nel caso in cui si tratti di esecuzione di attività più complesse, non è sufficiente, al fine di escludere l'interposizione</p>

	fittizia, la mera gestione organizzativa del rapporto.
Cass. 29 luglio 2019, n. 20414	L'appalto di opere o servizi espletato con mere prestazioni di manodopera è lecito purché il requisito della "organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore", previsto dall'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, costituisca un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore, senza che l'appaltante, al di là del mero coordinamento necessario per la confezione del prodotto, eserciti diretti interventi dispositivi e di controllo sui dipendenti dell'appaltatore.
Cass. 12 ottobre 2018, n. 25542	La utilizzazione, da parte dell'appaltatore, di macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante dà luogo ad una presunzione legale assoluta di sussistenza della fattispecie vietata dalla legge n. 1369 del 1960, solo quando detto conferimento di mezzi sia di rilevanza tale da rendere del tutto marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore. La sussistenza o meno della modestia dell'apporto va accertata in concreto, e il relativo apprezzamento costituisce valutazione di fatto, incensurabile in sede di legittimità se logicamente e correttamente motivata.

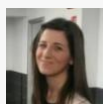
Recenti tendenze della giurisprudenza in materia di contratti di appalto a rapporto di lavoro



Giovanni Pigliararmi

Cass. 10 novembre 2020, n. 25220	Anche nell'ambito di un contratto di subappalto, non è escluso che possa configurarsi l'interposizione vietata ex art. 1 della legge n. 1369/1960, in quanto ciò che rileva ai fini della configurazione del divieto non è la sussistenza di una fattispecie contrattuale tipica (il contratto di appalto) ma la dissociazione tra autore dell'assunzione ed effettivo beneficiario della prestazione azione.
Cass. 9 novembre 2020, n. 25053 (in senso conforme, Cass. 10 giugno 2019, n. 15557)	Nell'ambito delle attività di <i>handling</i> , movimentazione, ricevimento e spedizione merci l'appalto che ha ad oggetto prevalentemente prestazioni di manodopera è legittimo, anche a fronte della presenza di dispositivi ed apparecchiature di proprietà della committente nel magazzino purché questi abbiano un apporto marginale ed accessorio rispetto alla prestazione dell'appaltatore, in termini sia di organizzazione, sia di direzione della forza lavoro e di fornitura delle attrezzature.
Cass. 27 ottobre 2020, n. 23615	Nell'ambito di un contratto di appalto, se l'attività si risolve prevalentemente nel lavoro è sufficiente che in capo all'appaltatore sussista l'effettiva gestione dei dipendenti, anche se vengono utilizzati strumenti di proprietà del committente.

I principali orientamenti della giurisprudenza in materia di lavoro autonomo, coordinato ed etero-organizzato



Federica Capponi

Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663	L'art. 2 del D. Lgs. n. 81/2015 è «norma di disciplina, che non crea una nuova fattispecie» con funzione «prevenzionale» e «rimediale». Il giudice non può operare una selezione ex post della disciplina applicabile alla collaborazione organizzata dal committente, dovendo applicare, in questo caso, integralmente la disciplina del lavoro subordinato.
Trib. Palermo 24 novembre 2020, n. 3570	La piattaforma digitale che, tramite i propri algoritmi, organizza la prestazione del rider ed esercita il potere disciplinare nei confronti di quest'ultimo è impresa di trasporto e distribuzione e, in quanto tale, datore di lavoro nell'ambito di un rapporto di subordinazione ex art. 2094 c.c. Le tutele indennitarie di cui all'art. 47-ter del D. Lgs. n. 81/2015 (così come quelle previste dall'art. 47-bis all'art. 47-septies) si applicano unicamente ai rapporti di lavoro autonomo occasionale
Trib. Bologna 20 ottobre 2020	La possibilità per il committente di organizzare unilateralmente i turni degli infermieri tramite l'utilizzo di una piattaforma digitale integra un indice sussidiario della subordinazione ex art. 2094 c.c.
Trib. Roma 20 ottobre 2020	Sono indici tipici della parasubordinazione: l'erogazione con cadenza mensile di un compenso fisso, la previsione del tacito rinnovo del contratto in caso di mancato esercizio del diritto di recesso e lo svolgimento dell'attività lavorativa in modo personale e continuativo, necessità di coordinamento con le esigenze organizzative dell'azienda con riferimento al tempo della prestazione; programmazione delle attività secondo le esigenze del committente; elemento della continuità della prestazione (non occasionale o istantanea); prevalenza del fattore lavoro nell'obbligazione, fattore collegato in modo stringente all'organizzazione produttiva.

DOCUMENTI

Nota dell'Ispettorato nazionale del lavoro

26 novembre 2020, n. 1046.....



Nota dell'Ispettorato nazionale del lavoro

25 novembre 2020, n. 1037.....



Sentenza del Tribunale di Palermo

24 novembre 2020, n. 3570.....



Ordinanza della Corte di Cassazione

10 novembre 2020, n. 25220.....



Sentenza della Corte di Cassazione

9 novembre 2020, n. 25053.....



Circolare dell'Ispettorato nazionale del lavoro

30 ottobre 2020, n. 7.....



Sentenza della Corte di Cassazione

27 ottobre 2020, n. 23615.....



Sentenza del Tribunale di Bologna

20 ottobre 2020.....



Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

26 settembre 2020, causa C-63/18.....



Sentenza della Corte di Cassazione

8 luglio 2020, n. 14371.....



Sentenza della Corte di Cassazione

19 giugno 2020, n. 12030.....



Sentenza del TAR Marche, Sez. I

23 aprile 2020, n. 59.....



Sentenza della Corte di Cassazione

11 marzo 2020, n. 6948.....



Sentenza della Corte di Cassazione

24 gennaio 2020, n. 1663.....



Atto di segnalazione ANAC

13 novembre 2019, n. 8.....



Sentenza della Corte di Cassazione

14 agosto 2019, n. 21413



Sentenza della Corte di Cassazione

13 agosto 2019, n. 21386.....



Sentenza della Corte di Cassazione

29 luglio 2019, n. 20414.....



Sentenza della Corte d'Appello di Milano

20 febbraio 2019, n. 72.....



Sentenza della Corte di Cassazione

sentenza 12 ottobre 2018, n. 25542.....



INSERTO SPECIALE

Il lavoro mediante piattaforma tra qualificazione del rapporto di lavoro e prospettive per la certificazione

Ai confini tra autonomia e subordinazione: la qualificazione del rapporto degli infermieri

Nota a Trib. Bologna 20 ottobre 2020 (in  *Boll. ADAPT*, 2020, n. 43)

(pubblicato in *DRI*, 2020, n. 4)



Giada Benincasa

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le criticità del modello organizzativo individuate dall'Ispettorato. – 3. Fungibilità della prestazione e assenza del rischio economico-giuridico: due elementi dirimenti nella qualificazione del rapporto di lavoro subordinato. – 4. La possibilità di determinare la subordinazione mediante piattaforme: alcune prospettive per l'istituto della certificazione dei contratti.

1. La sentenza in commento, che tratta del disconoscimento di rapporti di lavoro autonomo di infermieri facenti parte di una associazione professionale, merita di essere analizzata non solo per l'iter logico-giuridico che ha condotto il Tribunale ai fini della qualificazione dei rapporti ai sensi dell'art. 2094 c.c.; di particolare interesse, infatti, è l'osservazione che l'organo giudicante muove rispetto all'utilizzo di una piattaforma informatica per organizzare la prestazione di lavoro, che richiama inevitabilmente l'attenzione sui moderni modelli organizzativi del lavoro e il ruolo che le piattaforme, in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro, possono assumere.

La vicenda processuale prende avvio a seguito di accessi ispettivi condotti congiuntamente dall'Ispettorato territoriale di Bologna, dall'Inps e dall'Inail presso alcune strutture nelle quali degli infermieri, in qualità di liberi professionisti associati ad una associazione professionale, svolgevano la propria attività. L'esito dell'accertamento ha portato i funzionari a riscontrare in capo agli infermieri la costituzione di fatto di un rapporto di lavoro subordinato, eterodiretto ed etero-organizzato dal consiglio di amministrazione dell'associazione professionale tramite il personale preposto.

Tuttavia, l'associazione professionale ha contestato tale assunto e, convenendo in giudizio gli enti, ha dichiarato di avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo rese da diversi infermieri (tutti iscritti all'Ordine delle Professioni infermieristiche) per eseguire le attività di assistenza infermieristica presso strutture e reparti di proprietà dei vari committenti dell'associazione. Di conseguenza, tutte le violazioni che le erano state addebitate dovevano ritenersi inesistenti.

Il giudice ha respinto i ricorsi avanzati dall'associazione professionale, confermando, invece, la tesi sostenuta dagli enti ispettivi già nel verbale di accertamento, circa la natura subordinata del rapporto di lavoro tra l'associazione e gli infermieri, con tutte le conseguenze derivanti da tale condizione. La pronuncia contribuisce primariamente a delineare alcuni degli indici di subordinazione che possono rilevare nell'inquadrare l'attività di lavoro dell'infermiere, ponendo

l'accento in particolar modo sulla fungibilità della prestazione professionale, sulla mancanza del rischio economico-giuridico in capo ai liberi professionisti nonché sul labile confine che esiste tra subordinazione e coordinamento. Questi elementi possono accomunare il processo qualificatorio anche di altre professioni sanitarie, da sempre "banco di prova" circa l'attualità e la compatibilità dell'art. 2094 c.c. con alcuni mestieri, atteso il particolare contenuto della prestazione.

Inoltre, il giudice ha valorizzato, da un lato, il ruolo della piattaforma utilizzata dall'associazione professionale per la gestione dei turni degli associati ai fini della riconduzione dei rapporti all'art. 2094 c.c.; dall'altro, invece, ha precisato che il modello organizzativo tramite piattaforma adottato dall'associazione non può essere affiancato a quello dei *riders*, in quanto il primo è organizzato in modo da registrare solo i dati mentre le decisioni vengono prese dai referenti (diversamente, il rapporto dei *riders* è gestito da un algoritmo ed è da questo che si devono trarre gli elementi fondamentali per l'applicazione dell'art. 2094 c.c.). Aspetto questo che certamente potrà dare luogo, come vedremo, ad una interessante riflessione sul più ampio tema del lavoro mediante piattaforma.

2. Venendo alle criticità del modello organizzativo evidenziate in fase di ispezione, l'PTTL di Bologna rilevava che per ogni infermiere neo-associato era previsto un periodo c.d. di affiancamento iniziale con un associato più anziano avente la funzione di "tutor" (come confermato anche dallo statuto dell'associazione) al fine di garantire la specifica esperienza necessaria secondo le peculiarità della prestazione professionale, elemento che, già di per sé, potrebbe mettere in dubbio l'autonomia del libero professionista. Peraltro, la prestazione degli associati, privi di partita IVA personale risultava fungibile; condizione questa, come rilevato anche dal giudice, del tutto insuperabile in quanto incompatibile con l'esigenza di avvalersi di uno specifico libero professionista mediante contratto d'opera professionale.

Nella sostanza, quindi, i singoli incarichi affidati ai liberi professionisti si traducevano piuttosto in una mera turnazione diretta a garantire la totale copertura dell'attività appaltata dalla struttura/committente all'associazione professionale, senza che vi fosse effettivamente alcun tipo di apporto specifico da parte del singolo infermiere apprezzabile in termini di professionalità (che è invece infungibile). Sintomo, quest'ultimo, rinvenibile altresì nella modalità di determinazione del corrispettivo: nello specifico, il compenso era strutturato su una tariffazione oraria, identica per tutti gli associati adibiti ad una struttura e/o reparto della stessa, senza che vi fosse alcuna negoziazione personale della tariffa professionale con l'infermiere (anche in ragione del fatto che, come dichiarato dallo stesso presidente dell'associazione professionale, l'attività svolta dagli infermieri era identica in ciascuna struttura e/o reparto della stessa).

Nei fatti, dunque, la libertà di cui godevano i singoli infermieri si realizzava esclusivamente nella possibilità di rifiutare l'incarico proposto dall'associazione e di determinare periodi di non disponibilità al lavoro, sebbene, come risultava da alcune evidenze testimoniali, non senza ripercussioni in termini disciplinari – poteri tipicamente riconducibili alla subordinazione – dal momento in cui una disponibilità oraria inferiore al fabbisogno concordato con la struttura implicava un minore e/o mancato coinvolgimento del libero professionista nei periodi successivi.

Un altro elemento dirimente per il giudizio, riscontrato dagli enti, veniva rintracciato nella figura di un referente presente presso le singole strutture e con funzioni di coordinamento nella predisposizione dei turni e nella gestione delle eventuali sostituzioni dei singoli infermieri. Tali figure assumevano dunque la funzione – tipica negli appalti – di "capocantiere", come emergeva anche dalle convenzioni stipulate con le strutture per "fornitura di servizi professionali", tale per cui secondo gli enti l'associazione professionale svolgeva in appalto prestazioni infermieristiche coordinando i fattori produttivi (gli infermieri) e avvalendosi a titolo gratuito degli strumenti del committente.

Inoltre, l'assenza del rischio economico-giuridico in capo ai singoli associati, nel caso di specie privi di alcuna responsabilità professionale, era sintomatica della presenza di rapporti di lavoro subordinato mascherati sotto in vincolo associativo. Infine, tra gli indici di subordinazione individuati dall'PTTL di Bologna, figurava l'inserimento degli infermieri in una piattaforma, la sottoscrizione di un patto di non concorrenza e la corresponsione di anticipo di utili. È sulla base della compresenza di tali indici che gli enti hanno proceduto alla qualificazione dei rapporti di lavoro alla stregua della subordinazione giuridica.

3. Qualificazione che ha trovato conferma nella sentenza del Tribunale. In particolare, il giudice ha ritenuto insuperabili in particolar modo tanto quello relativo alla fungibilità della prestazione infermieristica quanto quello relativo alla mancanza di qualsiasi rischio di natura economica in capo ai liberi professionisti, oltre alla presenza di un referente/preposto riconducibile a quella del quadro intermedio in un tipico rapporto di lavoro subordinato.

Con particolare riferimento all'elemento della fungibilità della prestazione professionale, il giudice sottolinea che a nulla serve il richiamo, da parte della difesa, dell'art. 2232 c.c., in quanto la possibilità di una sostituzione, a norma

della disciplina richiamata, deve provenire dal prestatore (e rimanere «sotto la propria direzione e responsabilità»; come ricorda anche Trib. Marsala 25 giugno 2005, n. 428), mentre nel caso di specie è gestita esclusivamente dalla Associazione. Anzi, in generale, come confermato pacificamente dalla giurisprudenza, è noto che nel caso in cui il professionista, nell'esecuzione della prestazione, si avvalga della collaborazione di sostituti ed ausiliari (considerati semmai come una *longa manus* del professionista e per questo agenti sotto la sua sorveglianza, cfr. G. Giacobbe, voce *Professioni intellettuali*, in *Enc. Dir.*, 1987, vol. XXXVI, p. 1075; V. D'Orsi, *La r.c. del professionista*, Giuffrè, 1981, p. 24), gli eventuali contatti tra il cliente e questi ultimi non generano un nuovo rapporto professionale bensì restano assorbiti nel rapporto tra committente e professionista incaricato (sul punto si veda Cass. 30 gennaio 2006, n. 1847). Sotto questo profilo, occorre, infatti, ricordare che la prestazione cui è tenuto un prestatore d'opera è considerata tipicamente una prestazione infungibile, aspetto individuato come elemento caratterizzante per distinguere i rapporti di lavoro subordinato e autonomo (cfr. Cass. 17 settembre 2009, n. 20034), con la conseguenza che la persona del prestatore d'opera assume in questa prospettiva una importanza determinante anche nella fase di esecuzione della prestazione, in quanto la prestazione professionale «presuppone quelle particolari conoscenze ed esperienze tecniche che vengono in genere accertate attraverso l'iscrizione agli albi e agli elenchi professionali e che viene richiesta e concordata *intuitu personae* rispetto ad un determinato soggetto a preferenza di altri che, dal punto di vista oggettivo, sarebbero ugualmente in grado di eseguirla» (L. Riva-Sanseverino, *Lavoro autonomo*, in G. Ferri, L. Riva-Sanseverino, *Libro quinto. Del lavoro. Art. 2188-2246*, Zanichelli, 1963, p. 223; nello stesso senso si veda anche P. Tosi, *Intuitus personae e fiducia*, in *ADL*, 2012, n. 3, I, p. 539). Ed è proprio dall'elemento dell'*intuitu personae* che la tradizione giuridica «fa discendere il carattere infungibile della prestazione e la dimensione fiduciaria del rapporto» (M. Persiani (a cura di), *I nuovi contratti di lavoro*, Utet, 2010, p. 12), nel senso che per il cliente la persona del professionista (e la sua professionalità) rappresenta un elemento essenziale, ponendo evidentemente l'accento sulla relazione che intercorre fra personalità e fiducia nella disciplina del rapporto professionale. In questa prospettiva, dunque, presupposto indispensabile del contratto d'opera sembra essere proprio quella “personalità” della prestazione – totalmente assente nel caso di specie – tanto che la dottrina ritiene legittimo parlare di «obbligazione di fare infungibile» (G. Giacobbe, *op. cit.*, p. 1074).

Tale elemento assume ancora più valore, nella vicenda oggetto della presente analisi, se letto assieme alla mancanza, da un lato, del rischio economico in capo agli associati (come pacificamente sostenuto dalla giurisprudenza: cfr. Cass. 23 gennaio 2020, n. 1555; Cass. 8 giugno 2017, n. 14296; Cass. 21 gennaio 2009, n. 1536; Cass. 1° dicembre 2008, n. 28525; Cass. 29 maggio 2008, n. 1437; Cass. 27 febbraio 2007, n. 4500; Cass. 28 settembre 2006, n. 21028) e, dall'altro, alla presenza di un referente/preposto che sembra avere addirittura poteri disciplinari, a conferma del fatto che si tratta di una figura che richiama il concetto di mera subordinazione nel quale il “capo servizio”, delegato dal datore di lavoro, dirige e organizza l'attività dei dipendenti con criteri totalmente estranei alle logiche di un contratto associativo (in questo senso si veda Cass. 20 settembre 2019, n. 23520, in cui viene ricordato che per inquadrare la natura del rapporto dei lavoratori intellettuali è importante il livello di etero-organizzazione della prestazione in quanto risulta necessario accertare se l'attività risulta soltanto coordinata con l'attività dell'impresa o dipende direttamente dall'interesse del datore). A tal proposito, merita anche ricordare l'orientamento giurisprudenziale per cui non essendo tuttavia irrilevante, per quanto non decisiva, la qualificazione formale del rapporto di lavoro effettuata dalle parti al momento della conclusione del contratto (*nomen iuris*), qualora a fronte della rivendicata natura subordinata del rapporto venga dedotta e provata l'esistenza di un rapporto di associazione in partecipazione – sebbene oggi non più disciplinata dalla legge – l'accertamento del giudice di merito deve essere molto rigoroso (potendo anche un associato essere assoggettato a direttive e istruzioni nonché ad un'attività di coordinamento latamente organizzativa) senza trascurare nell'indagine aspetti sicuramente riferibili all'uno o all'altro tipo di rapporto quali, per un verso, l'assunzione di un rischio economico e l'approvazione di rendiconti e, per altro verso, l'effettiva e provata soggezione al potere decisionale del datore di lavoro (sul punto, cfr. Cass. 7 ottobre 2004, n. 2002). Elementi questi che sembrano essere stati correttamente valutati nella pronuncia oggetto della presente analisi.

4. A conclusione della presente analisi, merita qualche ulteriore riflessione l'ultimo elemento considerato dal giudice, cioè l'utilizzo di una piattaforma per la gestione delle attività dei singoli associati e il ruolo che tale strumento può assumere nel complesso processo di qualificazione del rapporto di lavoro. Nel caso di specie il giudice, evocando un'altra forma di attività gestita con modalità analoghe tramite piattaforma e cioè quella dei c.d. *riders*, evidenzia la differenza, a suo dire “fondamentale”, fra una piattaforma che gestisce l'intero rapporto di lavoro tramite algoritmo e una piattaforma, come nel caso di specie, utilizzata esclusivamente per la registrazione dei dati (nel qual caso le decisioni vengono prese dai referenti/preposti, come già spiegato precedentemente). Orbene, in questa prospettiva

vengono dunque a delinearci due dinamiche rilevanti per il processo di qualificazione del rapporto di lavoro nell'ambito dei rapporti di lavoro gestiti tramite piattaforma: da un lato, possiamo riscontrare casi (come quello affrontato dal Tribunale di Bologna) in cui la piattaforma si limita ad essere un mero database poiché i poteri di organizzazione, di controllo e disciplinare, tipici del datore di lavoro in un rapporto di lavoro in regime di subordinazione, sono riconducibili all'attività esercitata da un essere umano quale referente/preposto (come nel caso oggetto del presente commento) il quale ha dunque il potere di determinare luoghi, tempi e modalità di esecuzione della prestazione di lavoro.

Dall'altro lato, invece, è possibile riscontrare anche una situazione in cui a decidere tempi, luoghi, modalità di esecuzione della prestazione di lavoro ed eventuali processi sanzionatori/punitivi (riconducibili ai poteri tipici del datore di lavoro di organizzazione, controllo e disciplinare) non è più la persona del datore di lavoro o un referente preposto alla gestione dell'attività, bensì una macchina – più precisamente, un algoritmo – con la conseguenza che gli elementi fondamentali per la classificazione del rapporto di lavoro devono ricercarsi mediante l'analisi del programma utilizzato (e, dunque, del relativo regolamento istitutivo e di funzionamento della piattaforma).

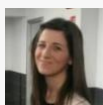
In questa prospettiva allora sembra assumere un rinnovato ruolo l'istituto della certificazione dei contratti, introdotto ad opera del d.lgs. n. 276/2003 e tradizionalmente concepito per ridurre il contenzioso relativo alla qualificazione dei contratti di lavoro, che potrà verificare il contenuto del contratto stipulato tra le parti per vagliarne la conformità al dettato normativo e al *nomen iuris* prescelto.

A tal fine, sarà cruciale l'attività istruttoria sostanziale della Commissione, volta ad accertare l'esistenza o meno degli indici della subordinazione tradizionalmente indicati dalla giurisprudenza, nelle moderne forme di lavoro su piattaforma, che dovrà essere condotta in un caso, tenendo conto dell'utilizzo della piattaforma e dell'interazione del responsabile della sua gestione; nell'altro caso, rispetto al regolamento o al programma utilizzato per la predisposizione dell'algoritmo che gestisce l'intero rapporto di lavoro. In questa prospettiva, dunque, e nel tentativo di tradurre nel linguaggio giuridico il concreto funzionamento dell'algoritmo, la Commissione di certificazione adita sarebbe chiamata a rintracciare le coordinate dell'etero-organizzazione in base agli output inviati dalla piattaforma. Non solo. Sulla scia di quanto già previsto dal legislatore per la certificazione dei regolamenti di cooperative (ad oggi l'unica ipotesi normata di atto unilaterale che può essere sottoposto a certificazione) anche il regolamento predisposto per il funzionamento della singola piattaforma potrebbe essere sottoposto a certificazione al fine di accertare la natura – subordinata o autonoma – dei rapporti di lavoro che la piattaforma intende attivare con i singoli lavoratori coinvolti (sul punto, si veda V. Anibaldi, *Il lavoro organizzato mediante piattaforma digitale: nuove sfide per le Commissioni di certificazione*, in *q. Rivista*, 2019, n. 4, pp. 1073 ss.).

 @BenincasaGiada

Lavoro tramite piattaforma digitale e subordinazione: il ruolo dell'algoritmo secondo il Tribunale di Palermo

(pubblicato in *Boll. ADAPT*, 2020, n. 44)



Federica Capponi

Alla controversa vicenda circa la natura subordinata o autonoma del lavoro tramite piattaforma digitale che sta

interessando, da ultimo, anche la giurisprudenza italiana si aggiunge un altro capitolo importante. Così, dopo la pronuncia della Corte di Cassazione, che, ribaltando la pronuncia del tribunale di primo grado e riformando parzialmente quella della Corte d'Appello, ha sancito la etero-organizzazione ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. n. 81/2015 del rapporto di collaborazione tra la piattaforma digitale Foodora e i rider, **una corte di merito, lo scorso 24 novembre, ha riqualificato il rapporto intercorso tra un rider, che oltre alla dissimulazione di un rapporto di lavoro subordinato, lamentava l'ingiusta disconnessione dalla app,** e la piattaforma digitale di *anything delivery* Foodinho S.r.l. (meglio nota come *Glovo*) nei termini della subordinazione giuridica *ex art.* 2094 c.c.

In particolare, il [Tribunale di Palermo, con sentenza del 24 novembre 2020, n. 3570](#), dopo aver valutato le concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, ha dichiarato l'esistenza di un **rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno** e indeterminato tra le parti, condannando il gestore della piattaforma alla reintegrazione del rider nel posto di lavoro, con inquadramento nel VI livello del C.C.N.L. Terziario Distribuzione e Servizi (in quanto contratto applicato dalla azienda ai propri dipendenti) e mansioni di ciclo fattorino addetto alla consegna di merci, cibi e bevande a domicilio, nonché al pagamento di una indennità risarcitoria pari all'ultima retribuzione utile ai fini del calcolo del TFR che il rider avrebbe dovuto percepire dalla data di disconnessione dalla piattaforma sino alla effettiva reintegrazione e dei contributi previdenziali e assistenziali dovuti.

Tale sentenza, oltre ad enunciare importanti principi di diritto, che verranno di seguito brevemente riportati, **si caratterizza per un inusuale** (almeno nella tradizione giurisprudenziale italiana) **richiamo ai precedenti giudiziari stranieri**, pur ancorando le proprie motivazioni principalmente alle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e all'orientamento della giurisprudenza interna. Sarà senz'altro opportuno interrogarsi sulla possibilità che questa diventi una tecnica ricorrente e sui possibili benefici o limiti che ne deriverebbero (l'economia del presente articolo tuttavia non permette di affrontare la questione; per una riflessione sul tema si rinvia comunque a [M. Biasi, Uno sguardo oltre confine: i "nuovi lavori" della gig economy. Potenzialità e limiti della comparazione, in LLI, vol. 4, n. 2, 2018](#)).

Ma entrando nel merito, **il Tribunale di Palermo ha ritenuto necessario pronunciarsi preliminarmente sulla natura imprenditoriale o meno della convenuta**, avendo tale aspetto un rilievo particolare proprio con riferimento alla qualificazione del rapporto di lavoro. Infatti, come si legge nella sentenza, **"se le piattaforme possono considerarsi imprese, si apre, de facto, la possibilità che i suoi collaboratori lavorino per conto (e non semplicemente in nome) della piattaforma stessa e che, dunque, siano inseriti in una organizzazione imprenditoriale, di mezzi materiali e immateriali, di proprietà e nella disponibilità della piattaforma stessa e così del suo proprietario o utilizzatore"**; al contrario, qualora la piattaforma si occupasse esclusivamente della intermediazione di domanda e offerta di un servizio, l'organizzazione imprenditoriale dovrebbe imputarsi esclusivamente al prestatore. Pur richiamando più pronunce italiane e straniere (**Trib. Milano, sez. spec. Impresa, 15 giugno 2015, n. 23; Trib. Torino, sez. spec. Impresa, 1 marzo 2017, n. 1553; Court D'Appel de Paris, 10 gennaio 2019, n. 18/08357; Cour de Cassation, chambre sociale, 4 marzo 2020, n. 374**), dirimente rispetto alla questione citata, secondo il Tribunale di Palermo, è la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ([CGUE, Grande Sezione, 20 dicembre 2017, C-434/15](#)), di cui fa proprie le conclusioni. In particolare, in tale occasione la Corte ha statuito la natura di impresa di trasporto ai sensi dell'art. 58, par. 1, TFUE della piattaforma *Uber*, posto che la stessa predisponesse un servizio di trasporto di persone, senza lasciare agli autisti non professionisti alcun margine di negoziazione in ordine al costo del servizio e alla sua organizzazione, come di fatto accaduto anche nel caso di specie. Dunque, per il Tribunale di Palermo si è in presenza di una impresa di trasporto e distribuzione e non di una piattaforma di intermediazione di servizi, come enunciato all'interno dei contratti stipulati dalla convenuta e come indicato nel suo oggetto sociale, con la conseguenza che, come tale, ben potrà essere titolare di un rapporto di lavoro subordinato.

Il cuore della sentenza risiede, però, nella parte in cui il giudice ricostruisce la prestazione di lavoro del rider, come risultante dai documenti agli atti, alla luce degli elementi tipici della subordinazione. Dopo aver ricordato alcune delle principali sentenze che in altri paesi di *civil law* si sono pronunciate a favore della autonomia o, al contrario, della subordinazione del rapporto di lavoro tra la piattaforma digitale e il driver o il rider e aver ripercorso gli esiti della vicenda giudiziale italiana relativa al caso Foodora, l'organo giudicante passa in rassegna i principali approdi giurisprudenziali utili alla risoluzione del caso di specie. Anzitutto, il Tribunale ricorda che, se è vero che, come affermato dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 1663/2019, il rider libero di scegliere se e quando lavorare non può essere considerato lavoratore subordinato, ma, al più, lavoratore autonomo nell'ambito di una collaborazione organizzata dal committente (e dunque destinatario delle tutele derivanti dalla applicazione della disciplina del lavoro subordinato ai sensi dell'art. 2, D. Lgs. n. 81/2015), è anche vero che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con

ordinanza del 22 aprile 2020, C-692/19, con riferimento alla direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, ha chiarito che non può essere considerato lavoratore subordinato il lavoratore che gode di una certa autonomia anche nel determinare se e quando lavorare, a meno che tale autonomia non risulti fittizia.

Il Tribunale di Palermo recepisce tale orientamento, rilevando come, nel caso di specie, il rider fosse solo formalmente in grado di decidere l'an e il quantum della prestazione, poiché, sebbene tale libertà fosse prevista dal contratto stipulato, nei fatti essa era fortemente ridimensionata dal concreto funzionamento dell'algoritmo. Nello specifico, come si legge nella sentenza *“a tutto concedere, il lavoratore può scegliere di prenotarsi per i turni che la piattaforma (e quindi il datore di lavoro che ne è titolare o ne ha il controllo) mette a sua disposizione in ragione del suo punteggio. Egli, inoltre, per poter realmente svolgere la prestazione, deve essere loggato nel periodo di tempo che precede l'assegnazione della consegna, avere il cellulare carico in misura almeno pari al 20% e trovarsi nelle vicinanze del locale presso cui la merce dev'essere ritirata, poiché altrimenti l'algoritmo non lo selezionerà, benché egli avesse prenotato e non disdetto lo slot, con la conseguenza che, in verità, non è lui che sceglie quando lavorare o meno, poiché le consegne vengono assegnate dalla piattaforma tramite l'algoritmo, sulla scorta di criteri del tutto estranei alle preferenze e allo stesso generale interesse dal lavoratore (nel medesimo senso ha ritenuto la già citata sentenza della Suprema Corte spagnola, agli atti di parte ricorrente)”*.

A ciò, il Tribunale aggiunge quegli orientamenti nel tempo consolidatisi volti a interpretare l'art. 2094 c.c. in chiave evolutiva, la cui opportunità trova conferma, secondo il giudice palermitano, nella [direttiva 2019/1152 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nei paesi dell'Unione Europea](#), applicabile ai rapporti di lavoro tramite piattaforma digitale, sia autonomo che subordinato, in attesa di essere recepita nell'ordinamento italiano. A tal riguardo nella sentenza si richiamano sia gli orientamenti della Corte di Cassazione, in merito alla cosiddetta eterodirezione attenuata, in grado di rilevare la natura subordinata del rapporto di lavoro in caso di prestazioni altamente qualificate o, al contrario, meramente esecutive; ma anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 30 del 5 febbraio 1996, la quale individuava nella cosiddetta **doppia alienità (di risultato e di organizzazione) l'essenza della subordinazione di cui all'art. 2094 c.c.**, dando così preminenza non tanto alle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa quanto al *“tipo di interessi cui l'attività è funzionalizzata e il corrispondente assetto di situazioni giuridiche in cui è inserita”*. Elementi, quelli sin qui elencati, ritenuti dal giudice presenti anche con riferimento al caso di specie (si legge: *“Pacificamente, poi, il lavoro del ricorrente veniva gestito e organizzato dalla piattaforma (come detto organizzata unicamente da parte datoriale e nel proprio esclusivo interesse), nel senso che solo accedendo alla medesima e sottostando alle sue regole il ricorrente poteva svolgere le prestazioni di lavoro (...)”*). Per il Tribunale di Palermo, poi, **“la piattaforma non è un terzo, dovendosi con essa identificare il datore di lavoro che ne ha la disponibilità e che programma gli algoritmi”**.

L'algoritmo, inoltre, permette alla piattaforma digitale di esercitare il potere disciplinare tipico del datore di lavoro, poiché proprio l'attribuzione di un punteggio inferiore o la non attribuzione di un punteggio superiore a seguito del verificarsi di determinati eventi costituisce per il giudice di Palermo **una sanzione disciplinare atipica**, in quanto sanziona *“un rendimento del lavoratore inferiore alle sue potenzialità con una retrocessione nel punteggio e quindi nella possibilità di lavorare a condizioni migliori o più vantaggiose”*. Infine, il giudice rileva come il funzionamento della piattaforma costringa il rider a mettere il proprio tempo a disposizione della piattaforma, in quanto per poter ricevere incarichi dovrà essere loggato e in prossimità dei locali commerciali partner nel periodo antecedente al conferimento dell'incarico, integrando, così, un altro elemento tipico del rapporto di lavoro subordinato. In conclusione per il giudice *“l'organizzazione del lavoro operata in modo esclusivo dalla parte convenuta sulla piattaforma digitale nella propria disponibilità si traduce, oltre che nell'integrazione del presupposto della eteroorganizzazione, anche nella messa a disposizione del datore di lavoro da parte del lavoratore delle proprie energie lavorative per consistenti periodi temporali (peraltro non retribuiti) e nell'esercizio da parte della convenuta di poteri di direzione e controllo, oltre che di natura latamente disciplinare, che costituiscono elementi costitutivi della fattispecie del lavoro subordinato ex art. 2094 c.c.”*.

Infine, pronunciandosi sulla **richiesta di indennizzo ex art. 47-ter del D.Lgs. n. 81/2015**, il giudice di Palermo, richiamando la [nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del Lavoro](#) (circolare n. 17 del 19 novembre 2020), chiarisce che le misure di cui all'art. V-bis del D. Lgs. n. 81/2015, introdotte con L. n. 128/2019 di conversione (con modifiche) del decreto-legge n. 101/2019, **si applicano unicamente ai rapporti di lavoro autonomo occasionale, dal momento che la ratio della norma è proprio quella di apprestare tutele in via residuale ai rapporti non ricompresi nell'ambito applicativo dell'art. 2, comma 1, del D. Lgs. n. 81/2015**, vale a dire proprio i rapporti di cui all'art. 47-bis (sebbene limitatamente alla fattispecie del rider che si muove con bicicletta o moto in ambito urbano).

Non può non osservarsi come **gli algoritmi stiano acquisendo un ruolo pervasivo nella odierna organizzazione**

imprenditoriale, sia essa materiale o nelle vesti di piattaforma digitale (al riguardo cfr. [G. Benincasa, *Ai confini tra autonomia e subordinazione: la qualificazione del rapporto degli infermieri*, nota a Trib. Bologna 20 ottobre 2020, in *DRI*, n. 4, 2020](#)), lasciando prefigurare un incremento delle controversie in materia di qualificazione del rapporto.

 @FedericaCapponi

Lavoro, contratti e piattaforme digitali: problemi e prospettive per la certificazione



Giovanni Pigliararmi

Già qualche anno fa, ci si chiedeva, forse in modo anche provocatorio, se sul *web* potesse esserci lavoro e quale ruolo avrebbero potuto assumere le piattaforme digitali, quali piazze virtuali efficienti e poco costose per la promozione di occasioni di lavoro: **semplici intermediari o datori di lavoro** (P. Tullini, *C'è lavoro sul Web?*, in *LLI*, vol. 1, n. 1, 2015)?

L'ingresso di queste nuove tecnologie nel mercato dei servizi ha ingenerato un importante dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, per le importanti implicazioni che ne derivano dal loro utilizzo da parte di una "folla" di "prestatori-utenti". Non è mancata, infatti, anche l'autorevole opinione di chi, nell'instaurazione del rapporto tra "prestatore-utente" e piattaforma, ha intravisto il pericolo della creazione di un "*un mercato [del lavoro] parallelo, in qualche modo concorrenziale ed alternativo a quello ufficiale, che non trova adeguata corrispondenza protettiva nella trama antiquata disegnata dal codice civile e che pertanto tende ad organizzarsi secondo regole endogene non prive di intrinseca innovatività*" (G. Ferraro, *Contrattualismo e acontrattualismo nel diritto del lavoro*, in *LDE*, 2020, n. 3, p. 8).

Una preoccupazione, invero, fin troppo fondata giacché il legislatore è intervenuto a più riprese per tentare di governare il fenomeno: in prima battuta, attraverso l'introduzione dell'art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 81/2015; a seguire, con l'art. 15 della legge n. 81/2015 e per finire con l'introduzione del Capo V-bis all'interno del d.lgs. n. 81/2015 ad opera della legge n. 128/2019. Questi interventi, tuttavia, hanno sempre agito sul versante della disciplina applicabile al rapporto di lavoro anziché tentare di ridefinire le fattispecie di riferimento davanti alla diffusione della digitalizzazione (G. Ferraro, *op. cit.*, p. 9). In questo quadro fattuale e giuridico in trasformazione, un importante e più incisivo contributo di sistematizzazione – anche ai fini dell'individuazione della fattispecie di riferimento – è stato offerto, invece, dalla **giurisprudenza**, che si è preoccupata di indagare sui meccanismi di funzionamento delle piattaforme, portando al centro della discussione l'**algoritmo**.

Dopo la pronuncia della **Corte di Cassazione n. 1663/2020**, che ha riconosciuto all'algoritmo la capacità di determinare unilateralmente lo spazio e il tempo in cui rendere la prestazione di lavoro (ric conducendo i rapporti in causa al regime della etero-organizzazione *ex art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 81/2015*), di recente, il **Tribunale di Palermo** (sent. n. 3570/2020) ha primariamente stabilito che le piattaforme digitali non sono semplici piazze virtuali dove "si consuma" un'intermediazione tra domanda e offerta di un servizio, con la conseguenza che l'organizzazione dell'attività debba imputarsi esclusivamente al prestatore di lavoro; al contrario, queste sembrano assumere sempre più la veste di impresa, cioè di un'organizzazione imprenditoriale, caratterizzata

dall'impiego di personale, di mezzi materiali e immateriali di proprietà e nella disponibilità della piattaforma stessa (per un'analisi della pronuncia, si rinvia a **F. Capponi, Lavoro tramite piattaforma digitale e subordinazione: il ruolo dell'algoritmo secondo il Tribunale di Palermo, in Bollettino ADAPT 30 novembre 2020, n. 44**). Da qui, la riconduzione del rapporto tra prestatore e piattaforma al contratto di lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.*

Importanti sono state anche le spinte provenienti dalla giurisprudenza comunitaria, che sembra essere andata nella medesima direzione: la Corte di Giustizia (**CGUE, Grande Sezione, 20 dicembre 2017, C-434/15**), infatti, aveva già qualificato la piattaforma digitale *Uber* come impresa in quanto la stessa predisponesse un servizio di trasporto di persone, senza lasciare agli "utenti autisti" alcun margine di negoziazione in ordine al costo del servizio e alla sua organizzazione.

In questo scenario, possiamo quindi affermare che i giudici hanno messo in chiaro come la conoscenza del **funzionamento dell'algoritmo assuma un ruolo cruciale** ai fini della qualificazione della piattaforma come impresa e ai fini della qualificazione del rapporto tra utente-prestatore e piattaforma. La definizione del primo profilo si ripercuote inevitabilmente anche sul secondo; come rivelano recenti ricerche in materia, se l'algoritmo non è programmato e deputato a coordinare unilateralmente mezzi e lavoratori per rendere un servizio ma ad incrociare domanda e offerta di servizi alla stregua di un *marketplace*, non è possibile riscontrare una dimensione di impresa (e quindi di datore di lavoro) nella piattaforma digitale (**F. Capponi, Servizi alla persona: il caso dei lavori domestici e della assistenza domiciliare via App, in Bollettino ADAPT 26 ottobre 2020, n. 39**).

È per questa ragione che anche l'**Ispettorato Nazionale del Lavoro** ha ritenuto di accentuare l'attenzione sul funzionamento dell'algoritmo: si legge, infatti, nella **circolare n. 7/2020** che "**la sola previsione di funzioni di "no show" o "swap" o simili possibilità riconosciute al lavoratore per declinare la chiamata non è sufficiente ad escludere una etero-organizzazione. Occorre infatti valutare l'integrazione di tali sistemi con quelli interni ed esterni (cioè riservati ai clienti) di rating eventualmente previsti, nonché con altri meccanismi interni di tipo gestionale e valutativo che disciplinano la singola prestazione lavorativa e le ipotesi di recesso**" (p. 11).

Se da questa indagine dovesse emergere che il *rating* orienta "*l'algoritmo (id est l'organizzazione) nella selezione delle consegne da affidare al collaboratore*" o la "*abilitazione/disattivazione della possibilità di scelta delle fasce orarie o delle "piazze" di sosta*", va da sé che ci troviamo davanti ad una prestazione, almeno in superficie, etero-organizzata dalla piattaforma (salvo poi riscontrare anche profili disciplinari derivanti dal meccanismo di penalizzazione, che possono condurre anche ad un regime di subordinazione *ex art. 2094 c.c.*).

Davanti all'esigenza di demarcare i confini tra i diversi regimi normativi nei quali può confluire la conduzione di un rapporto contrattuale tra prestatore-utente e piattaforma, un ruolo di cruciale importanza può essere svolto dalle **commissioni di certificazione** che, con la finalità di "*di ridurre il contenzioso in materia di lavoro*" (**art. 75 del d.lgs. n. 276/2003**), possono contribuire, attraverso l'analisi tecnico-giuridica del contratto e delle procedure stabilite dai regolamenti interni, ad accertare che quell'accordo sia stato qualificato correttamente dalle parti. Un'attività di certificazione che però non è confinata solo ai contratti di lavoro ma si estende **a tutte quelle pattuizioni, anche differenti dal contratto di lavoro**, nelle quali indirettamente sia dedotta comunque una prestazione di lavoro, come espressamente previsto dall'art. 75 del d.lgs. n. 276/2003.

Gli esempi che gli interpreti hanno riportato, con la finalità di individuare sul piano pratico un contratto che indirettamente deduca anche una prestazione di lavoro, sono rappresentati dal contratto (commerciale) di somministrazione stipulato tra agenzia e utilizzatore (**F. Pasquini, M. Tiraboschi, La certificazione dopo il Collegato Lavoro (L. 183/2010), 2011, ed. Il Sole 24 Ore, p. 24**; **S. Ciucciovino, Certificazione dei contratti di lavoro, 2016, Treccani**) o dal contratto di rete nell'ambito del quale poi certificare il distacco. Gli esempi possono essere molteplici; anzi, sotto questo profilo, è da notare come l'art. 75 si atteggi ad essere una "norma aperta", cioè abilitata a ricomprendere una serie indefinita di casistiche purché queste presentino due requisiti: **a) la natura contrattuale dell'atto** che si intende certificare; **b) la deduzione, anche indiretta, di un'attività di lavoro**


all'interno dello scambio contrattuale. La natura contrattuale dell'atto è ritenuta, a parere di chi scrive, condizione fondamentale in quanto l'art. 75 fa riferimento alla certificabilità solo dei "contratti"; tant'è che l'unica eccezione consentita dalla legge è espressa dall'art. 83, laddove prevede che è possibile certificare il regolamento interno di una società cooperativa. Si tratta – come confermato da una parte della dottrina – dell'unica ipotesi in cui oggetto della certificazione è un atto unilaterale (v. ancora **S. Ciucciovino**, *op. cit.*).

Come detto, la piattaforma può assumere tanto le vesti dell'impresa che quelle di un semplice intermediario di servizi, il cui ruolo si ferma alla promozione di contatti fra i diversi utenti, non prendendo in carico la gestione delle prestazioni. Sotto questo profilo, la commissione di certificazione potrebbe accertare che il contratto che l'utente-prestatore sottoscrive con la piattaforma al momento dell'iscrizione ha natura commerciale (sebbene, al suo interno, indirettamente, è dedotta una prestazione di lavoro autonomo che l'utente fornirà all'altro utente che accede alla piattaforma per cercare un servizio). Questo schema è tipico delle piattaforme digitali che si occupano di favorire l'incontro tra domanda e offerta di servizi domestici (v. sempre **F. Capponi**, *op. cit.*).

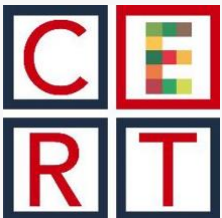
In questo caso, siamo di fronte a **contratti atipici o innominati** (cioè la cui causa non è stabilita dalla legge ma l'operazione insegue ugualmente, ai sensi dell'art. 1322 c.c., interessi meritevoli di tutela), contenenti i termini d'utilizzo della piattaforma ma che, indirettamente, contengono anche dei profili lavoristici, che interessano il rapporto che si instaurerà tra l'utente-prestatore e l'utente-fruttore del servizio professionale offerto (cioè il committente, che tramite piattaforma, ha intercettato una persona che offre un servizio di pulizia; **A. Donini**, *Il mercato dei servizi sul web: il rapporto di lavoro su piattaforma digitale*, in **P. Tullini (a cura di)**, *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, 2017, ed. **Giappichelli**, pp. 94-97; sul punto v. anche **V. Anibaldi**, *Il lavoro organizzato mediante piattaforma digitale: nuove sfide per le Commissioni di certificazione*, in *DRI*, 2019, n. 4, p. 1082).

Diversamente, se le obbligazioni che si instaurano tra l'utente-prestatore e la piattaforma vanno oltre un semplice accordo che stabilisce le regole di utilizzo della piattaforma, **avvicinando il rapporto tra i medesimi soggetti al contratto di lavoro**, la commissione potrà anzitutto accertare che si è in presenza di un rapporto di lavoro (in quanto ad esempio, la piattaforma gestisce il compenso, determina i ritmi di lavoro etc.) e, in particolare, accertare che, in relazione al funzionamento dell'algoritmo e ai meccanismi di *rating*, si è in presenza di un contratto di lavoro autonomo occasionale (Capo V-bis del d.lgs. n. 81/2015) ⁽¹⁾ o subordinato (art. 2094 c.c.), piuttosto che di un contratto di lavoro autonomo coordinato e continuativo (art. 409 c.p.c.) o di un contratto di collaborazione etero-organizzata (art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 81/2015).

Ai fini dell'accertamento del funzionamento dell'algoritmo, per confermare o per negare che questo determini unilateralmente anche i tempi e i luoghi di lavoro, è stata paventata l'ipotesi che le commissioni di certificazioni possano dotarsi di "commissioni istruttorie ad hoc, i cui membri abbiano competenze idonee a fornire il necessario supporto nella lettura delle implicazioni connesse ad una diversa distribuzione dei ruoli tra l'uomo e la macchina" (**V. Anibaldi**, *op. cit.*, p. 1080). La sfida è ardua e i relativi esiti non scontati.

 @Gio_Pigliararmi

(1) È controverso, ad oggi, se il Capo V-bis del d.lgs. n. 81/2015 si applichi ai soli lavoratori autonomi occasionali *ex art. 2222 c.c.* o anche ai lavoratori autonomi coordinati *ex art. 409 c.p.c.*; da un lato, la risposta potrebbe essere inclusiva se prestiamo attenzione al fatto che l'art. 47-bis, comma 1 del d.lgs. n. 81/2015 parla solo di "lavoratori autonomi" senza ulteriori specifiche. Dall'altro, però, l'art. 47-bis, comma 2 quando definisce le piattaforme quali "programmi" e "procedure informatiche utilizzati dal committente" specifica anche che queste sono "strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione". Pertanto, è la possibilità di determinare (unilateralmente) le modalità di esecuzione della prestazione che fa sorgere nell'interprete il sospetto che il Capo V-bis non sia compatibile con l'art. 409 c.p.c.



Commissione di Certificazione
Centro Studi DEAL
Presidente prof. Michele Tiraboschi
Dipartimento di Economia Marco Biagi



@DEALunimore

@certifica_MO

www.certificazione.unimore.it