

Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclo-fattorini)

SOMMARIO: 1. Sul concetto di “tempo” nel diritto del lavoro. – 2. Tempo del rapporto di lavoro e interesse produttivo. – 3. A proposito della continuità/discontinuità del lavoro dei ciclo-fattorini. – 4. Discontinuità del lavoro e libertà contrattuale. Critica. – 5. Tempo del lavoro e oggetto del contratto: per una concezione materiale.

Sinossi. Il saggio affronta il tema del concetto giuridico di tempo di lavoro utilizzando come esempio paradigmatico i rapporti di lavoro c.d. *on demand*. In particolare, l’A. sviluppa la sua analisi a partire dalla giurisprudenza più recente sui ciclo-fattorini con riferimento al carattere della «continuità» del rapporto di lavoro. Dal riconoscimento di un rapporto di lavoro continuativo in cui si alterna il c.d. lavoro effettivo e la disponibilità, deriva l’importanza di un’altra concezione di tempo di lavoro. Si tratta di una concezione giuridica che sia innovativa rispetto a quella tradizionale, adeguando l’interpretazione giuridica alle nuove forme materiali di organizzazione produttiva.

Abstract. The essay addresses the issue of the legal concept of working time using the so-called *on demand work relationships* as a paradigmatic example. In particular, the A. develops his analysis starting from the most recent jurisprudence on so-called ‘riders’ with reference to the character of the «continuity» of the employment relationship. The importance of an another concept of working time derives from the recognition of a continuous employment relationship in which the so-called “effective work” and availability alternate. This is a legal concept that is innovative compared to the traditional one, adapting the legal interpretation to new material forms of productive organization.

PAROLE CHIAVE: LAVORO – Continuità –Disponibilità – Tempo di lavoro – Orario di lavoro

1. Sul concetto di “tempo” nel diritto del lavoro.

C'è un bizzarro destino riservato al concetto di «tempo» nel diritto del lavoro: in genere è relegato nelle sezioni dei manuali riguardanti la modalità di esecuzione della prestazione di lavoro, in particolare nella parte riservata alla disciplina dell'orario di lavoro. Eppure, rappresenta un caposaldo della dogmatica giuridica che il tempo di lavoro ha una doppia funzione: da una parte, proteggere la persona che lavora da una durata eccessiva del lavoro e – contestualmente – dall'altra, determinare quantitativamente la prestazione di lavoro. La disciplina dell'orario di lavoro, dunque, è di importanza essenziale nell'economia regolativa del rapporto di lavoro subordinato perché determina l'oggetto del contratto sotto il profilo quantitativo; determinazione rilevante ai fini della possibilità stessa di costituire questo rapporto giuridico patrimoniale. La materia relativa al tempo di lavoro attrae l'interesse della dottrina con la riluttanza riservata normalmente alle materie considerate “tecnico-operative”, com'è appunto la disciplina dell'orario di lavoro.

Ho già affrontato questo problema in un lavoro monografico e mi sembra opportuno rinviarvi per non ripetermi¹. Mi pare necessario, però, ripetere in brevissima sintesi alcuni elementi essenziali che bisogna tenere presente nell'affrontare nuovamente questa questione, che si ripresenta sottesa al dibattito che si è innescato da qualche tempo con riferimento al lavoro tramite piattaforme.

Ebbene, l'impressione è che, sovente, dottrina e giurisprudenza (italiana, ma anche degli altri ordinamenti nazionali) dimentica che il contratto di lavoro subordinato è una istituzione creata dal diritto borghese dell'età moderna per legittimare un particolare modo di organizzazione dei rapporti di produzione, storicamente determinato con lo sviluppo del capitalismo industriale; il rapporto di lavoro salariato. Spesso sembra che la dottrina faccia finta che non ci si trova di fronte a un rapporto contrattuale mediante il quale una persona si assoggetta al potere di un'altra persona, al fine di produrre beni o servizi, e che questo rapporto è funzionale (oltre che essenziale) al modo di produrre capitalistico. Ovviamente, sappiamo che il contratto di lavoro è una istituzione che regola anche i rapporti che non attengono alla produzione capitalistica (lavoratori subordinati sono anche i domestici, i dipendenti pubblici, ecc.); tuttavia, il libero contratto di lavoro è la creazione della modernità che ha permesso di superare definitivamente il modo di produzione servile-feudale.

Teniamo bene a mente questa questione della libertà del contratto di lavoro, perché torna di stringente attualità oggi. Nondimeno, la libertà di chi lavora può essere garantita solo se si determina un tempo “certo” del lavoro assoggettato al potere altrui. Kant, nella *Metafisica dei costumi*, scrive che «il contratto di lavoro non può essere concluso per tutta la vita, ma sempre soltanto per un tempo determinato»² anche perché – scriverà un romanista a fine '800 – la certezza del tempo s'impone «pel principio romano della inalienabi-

¹ BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, 2008.

² KANT, *Metafisica dei costumi*, 1797, Laterza, 2004, § 30.

lità della libertà»³. Anche Hegel, nella *Filosofia del diritto*, scrive che «delle mie possibilità dell'attività e attitudini particolari (corporee e spirituali), io posso alienare produzioni singole e un uso limitato nel tempo da parte d'un altro»⁴. Insomma, la libertà dell'uomo che lavoro esige un «tempo determinato».

Non solo. Perché vi sia libertà, occorre che il lavoro sia dunque oggetto di scambio contrattuale perché così può essere separato dalla persona che lavora, condizione essenziale per negare così che è la persona stessa ad assoggettarsi al potere altrui. È sempre Hegel che da dignità filosofica alla oggettivazione del lavoro: «attraverso l'alienazione del mio intero tempo, concreto grazie al lavoro, e della totalità della mia produzione, io ne renderei proprietà d'un altro il sostanziale, la mia universale attività e realtà, la mia personalità»⁵. Per evitare questa riproposizione servile occorre che il «tempo alienato della mia produzione» sia determinato, sia oggettivato; insomma, sia fatta merce di scambio. Ricardo, prima, e Marx, dopo, lo spiegheranno in modo chiaro: nel capitalismo «il lavoro, dunque, è una merce, né più né meno che lo zucchero. La prima si misura con l'orologio, e la seconda con la bilancia»⁶.

Uno dei maestri del diritto del lavoro europeo delle origini, Lotmar, attribuisce alla dimensione temporale del rapporto di lavoro l'importanza che merita: egli distingue la temporalità della prestazione (*Arbeitszeit*) dalla temporalità del rapporto (*Vertragszeit*)⁷ spiegando che il lavoro subordinato ha questa doppia dimensione temporale che qualificano, insieme, il lavoro subordinato: la durata della prestazione distinta, però, dalla durata del rapporto.

Anche Barassi riconosce che il tempo di lavoro è essenziale nella struttura dell'obbligazione contrattuale di lavoro subordinato, riferendosi soprattutto all'importanza che il tempo ha nel configurare l'interesse del datore di lavoro. Egli scrive che «la locazione di opere è specialmente lavoro a tempo [...mentre] il cottimo rappresenta una zona estrema della locazione d'opere verso la locazione d'opera»; e poi precisa che questa struttura del lavoro subordinato ha «il valore di un sistema destinato a determinare il *rapporto di proporzione tra tempo, cioè lavoro, e mercede*»⁸.

Occorre prestare molta attenzione a questo passo di Barassi: «rapporto di proporzione tra tempo, cioè lavoro, e mercede». C'è una relazione *formale* fra tempo e retribuzione (la mercede) perché in tal modo il contratto dà forma giuridica al rapporto economico salariale; nondimeno, questo esso si basa sul rapporto altrettanto *formale* fra tempo e lavoro. L'affermazione di Barassi allude a un'identità *logica* fra tempo e lavoro («tempo, cioè lavoro») che diventa anch'essa *formale* nel momento in cui si costituisce la relazione giuridica contrattuale della corrispettività retributiva. La correlazione logica e giuridica fra tempo e

³ BETOCCHI 1897, 56.

⁴ HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, 1821, Laterza, 2000).

⁵ *Ibidem*, § 67.

⁶ MARX, *Lavoro salariato e capitale*, 1849, Editori Riuniti, 1986, 41.

⁷ LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, 1902, Dunker & Humboldt, 2001.

⁸ BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano. Vol. I*, Società editrice libraria, 1915, rispettivamente 736 e 741-743 (*corsivo mio*).

lavoro, così chiara in Barassi oltre che centrale per la dogmatica del contratto di lavoro è, invece, abbastanza trascurata in dottrina. Dovremmo invece chiederci quali conseguenze derivano dall'identità *logica e formale* fra tempo e lavoro.

Per essere chiaro, con la formula «rapporto formale» mi riferisco alla forma giuridica di quel rapporto logico, cioè al modo con cui il diritto lo riconosce. Siccome la forma del diritto passa attraverso le sue parole, dobbiamo partire innanzitutto dalle parole del diritto del lavoro che richiamano – direttamente o indirettamente - la parola «tempo». Infatti, nel diritto italiano, non c'è solo l'«orario di lavoro» disciplinato dal d.lgs. n. 66/2003, col suo «tempo pieno» e «tempo parziale». C'è il «tempo indeterminato» del contratto di lavoro come «forma normale», cui si contrappone il «tempo determinato» del contratto; c'è il lavoro «intermittente», la collaborazione «continuativa» (art. 409 c.p.c. o art. 2, decreto 81/2015), come pure la prestazione «occasionale».

In ogni caso, il tempo del contratto di lavoro si riferisce sempre alla distinzione che Lotmar colse per primo: il tempo del rapporto di lavoro oppure il tempo della prestazione di lavoro. Teniamo ben presente questa differenza perché da qui si può cogliere il connotato della fattispecie giuridica «lavoro subordinato» ed evitare di cadere in una varietà di significati che non aiutano a cogliere l'identità formale di quel rapporto logico fra tempo e lavoro.

Per spiegarmi meglio basta leggere la formula utilizzata di consueto in giurisprudenza: «quando l'elemento dell'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile a causa della peculiarità delle mansioni (...) e del relativo atteggiarsi del rapporto, occorre fare riferimento a criteri complementari e sussidiari, come quelli della collaborazione, della continuità delle prestazioni, dell'osservanza di un orario determinato, [...]»⁹. Richiamo l'attenzione solo su due criteri: l'osservanza di un orario determinato e la continuità delle prestazioni. Presumo ci si riferisca a due criteri diversi fra loro: nel caso dell'orario, esso dovrebbe alludere a una prestazione di lavoro che si adempie nello scorrere del tempo, cioè una prestazione di durata (uso questa espressione in modo ancora a-tecnico). Quando invece si richiama la continuità delle prestazioni, presumo si alluda alla durata del vincolo contrattuale; cioè al fatto che la prestazione deve compiersi in un arco di tempo; cioè una prestazione di durata...anche questa.

Possiamo dire che, così intesi, sono sufficientemente precisi questi criteri per qualificare la fattispecie del lavoro subordinato? A mio parere, no. Se prendiamo in esame la sentenza della Corte d'Appello di Torino del 4 febbraio 2019 sul caso dei ciclo-fattorini¹⁰, qui si usa l'aggettivo «continuativo» inteso «da un lato come non occasionalità e dall'altro, riguardo alla esecuzione della prestazione, come svolgimento di attività che vengono (anche se intervallate) reiterate nel tempo al fine di soddisfare i bisogni delle parti». Secondo questo Giudice, la continuità è un connotato sia del rapporto (non occasionale) sia della prestazione di lavoro, in linea con la consolidata giurisprudenza della Cassazione. Sennonché,

⁹ Per esempio, v. Cass., 5 settembre 2019, n. 22293 oppure Cass., 14 luglio 2020, n. 14975.

¹⁰ App. Torino, 4 febbraio 2019, in *RIDL*, 2019, II, 340 sulla quale, fra i molti commenti, v. CARABELLI e SPINELLI, *La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in *RGL*, 2019, I, 95 ss. oppure RECCHIA, *Contrordine! I riders sono collaboratori eterorganizzati*, in *LG*, 2019, 403 ss.

la Corte d'Appello non ne ha dedotto la «subordinazione» (né l'ha fatto la Cassazione che ha giudicato sullo stesso caso).

Nelle pagine che seguono proverò a inquadrare prima il concetto giuridico di “tempo del rapporto di lavoro” e quindi il concetto giuridico di “tempo della prestazione di lavoro”.

2. Tempo del rapporto di lavoro e interesse produttivo.

Partiamo da un essenziale caposaldo della dogmatica risalente al fondamentale saggio di Oppo del 1943-44: l'interesse di un creditore può essere soddisfatto in un solo istante (e allora avremo un adempimento istantaneo), oppure può essere soddisfatto progressivamente, nello scorrere del tempo (avremo quindi un adempimento continuo)¹¹. Le due categorie contrattuali in Oppo si distinguono non tanto per il tempo della prestazione debitoria, quanto per il tempo dell'interesse creditorio. Egli scrive: «la rilevanza giuridica del tempo può corrispondere all'interesse a che la soddisfazione avvenga in un determinato momento» oppure «all'interesse alla soddisfazione continuativa di un bisogno durevole». Il secondo tipo di rapporti giuridici sono definiti da Oppo come «rapporti di durata», cioè rapporti nei quali «la soddisfazione continuativa del bisogno è contenuto del rapporto e oggetto dell'obbligazione della parte vincolata onde è qui necessario e dovuto un contegno continuativo (o ripetuto) di questa diretto a quel fine»¹².

Nei rapporti di durata, dunque, la prestazione debitoria è continua perché solo attraverso l'esecuzione continuativa della prestazione è possibile soddisfare l'interesse del creditore. Per esempio: un contratto di abbonamento, un contratto di appalto per servizi di guardiania oppure un contratto di opera per manutenzione del sito web aziendale, tutti presuppongono che l'interesse creditorio sia soddisfatto nell'esecuzione continuativa della prestazione. La continuità, dunque, nei contratti di durata, sta nella causa del contratto, cioè in ciò che realizza l'interesse del creditore.

Da questo punto di vista, è ovvio che la continuità connota il contratto di lavoro subordinato ma – com'è ben acquisito in dottrina – anche alcuni tipi di contratto di opera. Dico alcuni, perché nel contratto d'opera, l'interesse del committente potrebbe anche essere soddisfatto in un unico solo momento, nel qual caso l'opera oggetto del contratto non è continuativa bensì istantanea. Insomma, l'opera – oggetto del contratto – può essere continuativa o istantanea in base all'interesse del committente che il contratto è destinato a realizzare. Per fare un altro esempio: un conto è progettare un sito web aziendale, altro è mantenere il sito web; nel primo caso l'opera soddisfa l'interesse del committente solo quando il sito è realizzato; nel secondo l'opera soddisfa l'interesse mentre la si esegue nel tempo.

¹¹ OPPO, *I contratti di durata. I*, in *RDcomm*, 1943, 143 e *I contratti di durata. II*, in *RDcomm*, 1944, 17.

¹² OPPO, *I contratti di durata. I* cit., rispettivamente 149 e 150. V. anche LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *RDC*, 2010, 501 ss.

Possiamo dunque convenire sul fatto che la continuità del rapporto non è sufficiente a qualificare il contratto di lavoro subordinato per distinguerlo dal contratto d'opera perché l'opera può soddisfare l'interesse del creditore *uno actu perficitur* oppure nella continuità; l'interesse del datore di lavoro subordinato è sempre continuativo¹³.

È necessario ribadire – a scampo di equivoci – che la continuità del contratto implica che il contratto ha una sua durata. Sicché, mentre un contratto d'opera istantanea non ha una durata ma – in genere – un termine entro cui adempiere, un contratto di durata è continuativo per definizione. Facciamo ancora un esempio: se commissiono a una sarta un abito da consegnare entro 4 mesi, i 4 mesi non indicano la durata del rapporto ma soltanto il termine entro cui adempiere e il mio interesse si realizzerà solo nel momento della consegna dell'abito. Se invece assumo un bagnino per 2 mesi, il mio interesse si soddisfa nell'adempimento continuativo della prestazione per tutti e 2 i mesi.

Questa precisazione ci permette anche di chiarire il significato che possiamo dare a un altro connotato temporale dei contratti di lavoro: l'occasionalità. Mi pare di poter dire che questo connotato può aggiungersi a quello della continuità o istantaneità perché allude a un interesse che non incide sulla prestazione che soddisfa l'interesse del creditore. Certamente l'occasionalità indica l'interesse *una tantum*; tuttavia, questo interesse potrebbe essere soddisfatto anche da un contratto di durata (oltre che da un contratto istantaneo). Torniamo su un esempio: l'assunzione di quel bagnino è limitata a quei 2 mesi perché l'interesse organizzativo dello stabilimento balneare è limitato a quella circostanza. In tal caso, l'occasionalità attiene all'interesse del datore di lavoro che – appunto – non è permanente, cioè stabile nel tempo, e giustifica l'interesse temporaneo in quanto occasionale alla stipulazione di un contratto. Dunque, anche in un contratto di durata, che si tratti di contratto di opera continuativa oppure di lavoro subordinato, l'interesse creditorio può essere occasionale; in tal caso, ne deriva un termine alla durata del contratto¹⁴.

Ciò non toglie, beninteso, che durante la vigenza del contratto, l'interesse del committente di opera o del datore di lavoro subordinato sia soddisfatto dalla prestazione adempiuta con continuità. Insomma, possiamo dire che la continuità è una caratteristica di ogni contratto di durata che deriva dall'interesse del creditore; di conseguenza, è questo interesse che qualifica la modalità temporale della prestazione debitoria¹⁵.

¹³ Questa conclusione è largamente condivisa nella (poca) dottrina lavoristica che se n'è occupata, per la quale rinvio al recente studio di F. FERRARO, *Continuità e lavoro autonomo*, dattiloscritto.

¹⁴ Vedi F. FERRARO, *op. cit.*, 23: «la nozione di occasionalità non identifica, né nella legge né nella giurisprudenza, un assetto obbligatorio necessariamente opposto al rapporto di durata e anzi viene utilizzata per descrivere sia schemi contrattuali di durata, sia contratti ad adempimento istantaneo, sia specifiche modalità di svolgimento del rapporto. Per tale ragione si tratta di un vocabolo inaffidabile sotto il profilo giuridico».

¹⁵ LUMINOSO, *op. cit.*, 525: «anche in relazione al funzionamento del contratto ad esecuzione continuata o periodica deve aversi riguardo più che al profilo strutturale (ossia, più che ai mezzi da impiegarsi) a quello teleologico-funzionale, ossia alla attuazione del diritto e al raggiungimento dello scopo...Nel rapporto di durata, essenziale è il ruolo dell'elemento tempo riguardo al soddisfacimento dell'interesse».

3. A proposito della continuità/discontinuità del lavoro dei ciclo-fattorini.

Ebbene, questo profilo della dimensione temporale, in genere, viene dato per scontato nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, quando si tratta di qualificare i rapporti di lavoro, come sta accadendo in questi mesi nell'intensissimo e dibattuto a proposito del rapporto di lavoro dei ciclo-fattorini (i c.d. *riders*)¹⁶. Anche io, in questa sede, quindi, partecipo al dibattito sulla qualificazione del rapporto di lavoro dei ciclo-fattorini, solo perché è l'occasione per tornare sul tema del tempo del lavoro nel diritto. Soprattutto perché, da questa angolazione emerge un utilizzo ambiguo (e comunque insoddisfacente) nel momento in cui bisogna trarre le dovute conseguenze nell'applicazione al caso concreto.

In un articolo pubblicato nel 2017, Pietro Ichino ha sostenuto che la prestazione di lavoro tramite piattaforma (con particolare riferimento proprio ai ciclo-fattorini) è caratterizzata da una strutturale discontinuità che deriverebbe dal fatto che ciascun rapporto di lavoro è invece costituito da una pluralità di rapporti di lavoro di durata brevissima: il tempo necessario a eseguire ciascuna singola consegna. Questi lavoratori, tramite l'applicazione telefonica, si mettono a disposizione e liberamente accettano le chiamate al lavoro, mano a mano che esse arrivano. Ichino enfatizza la libera scelta di ciascun ciclo-fattorino di adempiere la prestazione e, pertanto, tale libertà costituirebbe la negazione del concetto di subordinazione. In sostanza, secondo questa interpretazione, il rapporto di lavoro tramite piattaforma non sarebbe inquadrabile come lavoro subordinato perché è costituito da una pluralità di prestazioni d'opera istantanee¹⁷.

Innanzitutto un problema di questa interpretazione sta nell'alternativa fra prestazione d'opera istantanea e lavoro subordinato. Come se per negare la qualificazione come lavoro subordinato si dovesse sostenere che si tratta di prestazioni d'opera istantanee. Ma – come abbiamo visto in precedenza – pur qualificando ciascuna consegna come prestazione d'opera, nulla impedisce di configurare il rapporto come contratto d'opera continuativa. Senza contare che la caratteristica di questi lavori, data dalla pluralità di chiamate in modo tale da alternare nella giornata periodi di attesa della chiamata a periodi in cui eseguire le consegne, potrebbe benissimo essere compatibile con l'esecuzione di prestazioni di lavoro a carattere continuativo, intervallate da pause. In altre parole, la suddetta interpretazione finisce per sovrapporre la discontinuità della prestazione con la discontinuità del rapporto di lavoro: cosa impedisce a questi lavoratori di avere un contratto di lavoro continuativo

¹⁶ Si tratta di un dibattito in letteratura che, nel momento in cui si scrive, annovera decine di articoli che trattano il tema, a partire dalle prime note di commento alle sentenze dei Tribunali Torino (7 maggio 2018, n. 778 in *Labor* 2018, 609 con nota di GRAMANO, *Dalla eterodirezione alla eterorganizzazione e ritorno. Un commento alla sentenza Foodora*. Su questa sentenza v. anche RECCHIA, *Gig economy e dilemmi qualificatori: la prima sentenza italiana*, in *IG*, 2018, 726) e di Milano (10 settembre 2018, 1853 in *Labor*, 2018, con nota di FORLIVESI, *Nuovi lavori, vecchie interpretazioni? Note a margine di una recente sentenza del Tribunale di Milano sulla qualificazione giuridica dei c.d. riders*), fino ai molti commenti e articoli su Cassazione 24 gennaio 2020, n. 1663 (in *Labor*, 2019). Nell'economia del presente contribuirò richiamando soltanto quegli autori che hanno accennato al problema della dimensione temporale del lavoro sotto il profilo della «continuità» del rapporto.

¹⁷ ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2017, I, 525.

che prevede una esecuzione discontinua della prestazione di lavoro? Come altri autori hanno fatto, anche io richiamo il modello del contratto di lavoro intermittente che – addirittura – qualifica come lavoro subordinato il lavoro oggetto di un contratto a prestazioni discontinue.

Il problema è che il contratto di lavoro dei ciclo-fattorini non è qualificato come contratto di lavoro intermittente, perciò subordinato, regolato dal d. lgs. n. 81/2015. Piuttosto, la Corte d'Appello di Torino ha sostanzialmente riconosciuto l'esistenza di un unico contratto di lavoro, perciò un rapporto continuativo nel senso che abbiamo detto in precedenza (continuità dell'interesse organizzativo) seppur caratterizzato da una pluralità di prestazioni di lavoro di brevissima durata. La Cassazione n. 1663/2020 ha confermato questo schema contrattuale. Solo che – ecco il punto – l'atipicità di questo contratto sta nel fatto di essere come struttura simile al lavoro intermittente ma composto da una pluralità di prestazioni di lavoro «etero-organizzato».

Teniamo da parte per il momento il problema della qualificazione di queste prestazioni di lavoro come etero-organizzate e non come subordinate e poniamoci un'altra preliminare domanda che attiene proprio all'interesse organizzativo: dato che un ciclo-fattorino compie una pluralità di incarichi per lo stesso committente, qual è l'interesse organizzativo di questo committente? Siamo di fronte a una pluralità di singoli interessi organizzativi occasionali oppure si tratta di un unico interesse continuativo?

Una piattaforma organizza il suo processo produttivo, cioè gestire le consegne a domicilio (il suo *core business*), avendo a disposizione una folta pattuglia di ciclo-fattorini. L'interesse organizzativo-produttivo della piattaforma informatica non viene soddisfatto in una sola consegna, bensì nella ripetizione su larga scala di quelle consegne, con velocità di esecuzione. Soltanto un bizzarro artificio retorico può negare che si tratta di un interesse organizzativo continuativo, e cioè di una successione di singole prestazioni d'opera scollegate le une dalle altre. Sono invece collegate non solo nell'*animus* del ciclo-fattorino, che è a disposizione proprio per lavorare e non per diletto, ma nella struttura dell'organizzazione produttiva.

Eppure, in dottrina sono pochi a concentrare l'attenzione su questo punto cruciale. Uno fra questi è Mazzotta che ci invita a prendere le mosse «dal dato della continuità, intesa come attitudine del rapporto a reiterare l'impegno lavorativo entro un arco di tempo definito», avvalorando questa prospettiva con il richiamo di «pronunce [giurisprudenziali] che assumono che la discontinuità dell'offerta lavorativa non è di per sé indice di autonomia, in presenza dell'etero organizzazione e della disponibilità anche solo astratta negli intervalli non lavorati (nel caso riferita a mansioni di donna delle pulizie)»¹⁸.

Cos'è che impedisce, allora, di inquadrare il contratto di lavoro dei ciclo-fattorini come contratto che istituisce un rapporto continuativo?

¹⁸ MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, 10, il quale richiama anche sentenze sugli addetti a una ricevitoria di scommesse rispetto al quale il potere direttivo non è esercitato in modo costante ed univoco.

A mio parere la difficoltà deriva da una precisa circostanza, e cioè dal disagio in cui si trova la giurisprudenza e la dottrina tutte le volte che la struttura di un rapporto di lavoro preveda intervalli c.d. lavorati e intervalli c.d. non-lavorati. Nel caso in questione, come pur è emerso nel dibattito¹⁹, si sarebbe potuto inquadrare come lavoro intermittente, un contratto che mette insieme continuità del rapporto e alternanza fra lavoro effettivo e disponibilità, ma la concreta applicazione della disciplina legale avrebbe reso impossibile far lavorare i ciclo-fattorini nel modo che è utile alle piattaforme. Il problema da risolvere, dunque, riguardava la qualificazione del rapporto di lavoro in cui un lavoratore era in attesa di ricevere la chiamata per consegnare e, quando chiamato, eseguiva la consegna.

Di fronte a questo disagio, normalmente, nel dibattito ci si concentra sulla definizione del potere del committente nell'etero-organizzazione oppure del datore di lavoro nella subordinazione; ci si concentra nell'individuare se il ciclo-fattorino è veramente subordinato oppure se è etero-organizzato²⁰. E quando il problema della (dis)continuità del rapporto viene percepito viene solo adombrato oppure viene, esso sì, inquadrato secondo una tradizione che percepisce la c.d. discontinuità della prestazione di lavoro come effetto della discontinuità del rapporto di lavoro; insomma, niente di più che una pluralità di contratti di brevissima durata²¹.

Ne deriva una singolare conseguenza di cui questa dottrina sembra quasi inconsapevole: con questa interpretazione, negli intervalli non lavorati, i ciclo-fattorini sono, tecnicamente, disoccupati. Stipulano liberamente contratti ogni volta che accettano la chiamata per la consegna; poi tornano disoccupati. La Corte d'Appello di Torino prima citata scrive: «quello che rileva per escludere la sussistenza della subordinazione è la circostanza che gli appellanti erano liberi di dare, o no, la propria disponibilità per i vari turni (*slot*) offerti dall'azienda. Erano loro che decidevano se, e quando, lavorare senza dovere giustificare la loro decisione e senza doversi cercare un sostituto, inoltre potevano anche non prestare servizio nei turni per i quali la loro disponibilità era stata accettata, revocando la stessa o non presentandosi (*swap* – funzione di revoca – e *non show* – mancata prestazione...

¹⁹ DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bononia University Press, 2019, coglie il nesso con il lavoro intermittente e soprattutto avverte l'esigenza di «verificare l'esistenza di un'obbligazione continuativa di disponibilità al lavoro in capo al prestatore derivante dalle specifiche condizioni di realizzazione dell'attività» (130).

²⁰ Sul caso G. SANTORO-PASSARELLI, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in *WP D'Antona, It.*, n. 411/2020, 12 scrive: «a mio avviso ai *riders* che provano di svolgere una prestazione continuativa consistente in una serie costante di adempimenti, e cioè provino di essere etero-organizzati, dovrebbe applicarsi la disciplina generale del lavoro subordinato in forza dell'art. 2, comma 1, seconda parte, che espressamente prevede l'applicazione di questa disposizione «anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali». Mentre ai ciclo-fattorini che si comportano come lavoratori autonomi perché non svolgono una prestazione di durata nel senso che non sono sempre a disposizione del committente, ma svolgono una serie di incarichi intervallati nel tempo si applica soltanto la disciplina dell'art. 47 *bis* e ss.». Presumo che questo A. condivida la decisione dei giudici di riconoscere le tutele del lavoro subordinato – pur qualificandolo come etero-organizzato – solo nei limiti della effettiva esecuzione della prestazione. Quindi: avremmo un contratto continuativo con prestazioni discontinue. Quel che non è molto chiaro – in fatto, beninteso – è il connotato distintivo della prestazione di lavoro autonoma dei ciclo-fattorini tenuto conto che un ciclo-fattorino, *di fatto*, fa sempre la stessa cosa (essere a disposizione per consegnare cibo a domicilio quando si è chiamati).

²¹ TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie a partire dai lavori della Gig economy*, in *LD*, 2017, 371 riconosce che «le discontinuità introdotte dalle tecnologie digitali sono tanto più marcate in quanto tali tecnologie...stanno introducendo anche nelle strutture produttive modifiche ulteriori» senza approfondire questo aspetto. Nel finale adombra il problema del «calcolo del salario minimo [che] dovrà considerare sia la tipica saltuarietà di tali lavori sia la disponibilità offerta del tempo del lavoratore» (397).

Quindi mancava il requisito della obbligatorietà della prestazione»²². La Corte di Cassazione n. 1663/2020 conferma quest'impostazione scrivendo che «gli elementi posti in rilievo dalla ricorrente, [...] confermano l'autonomia del lavoratore nella fase genetica del rapporto, per la rilevata mera facoltà dello stesso ad obbligarsi alla prestazione...»²³.

In breve: poiché il lavoratore è libero di accettare la chiamata egli resta libero da vincoli obbligatori contrattuali quando non presta consenso a ciascuna chiamata. La prestazione di lavoro (etero-organizzata o subordinata, poco importa a questo punto visti i trattamenti economici e normativi di cui gode) sussiste solo nelle «*ore di lavoro effettivamente prestate*», cioè per l'«*attività lavorativa effettivamente prestata*» (queste le parole del Giudice torinese) (*corsivo mio*).

4. Discontinuità del lavoro come libertà contrattuale. Critica

Innanzitutto giova ribadire che il «regime di autonomia» di cui parla la Cassazione, che è «integro nella fase genetica dell'accordo», non indica l'autonomia della prestazione di lavoro bensì l'autonomia intesa come libertà di accettare una proposta contrattuale. Si tratta della libertà contrattuale dei lavoratori. In questo senso, la discontinuità della prestazione di lavoro derivante da un atto di libera scelta del lavoratore di accettare la chiamata non rende il rapporto di lavoro "autonomo". E questo ci conferma quanto si è detto in precedenza.

Piuttosto, c'è un problema che attiene alla relazione concettuale e dogmatica tra forma e sostanza della libertà contrattuale dei lavoratori. Dal punto di vista formale è evidente che ogni chiamata configura una proposta contrattuale che non vincola il lavoratore ad accettarla. Dire che il lavoratore non è realmente libero perché costretto dalle condizioni socio-economiche, è affermazione vera sul piano sociologico ma non sul piano formale del diritto dei contratti²⁴. Non è questa la sede per affrontare un tema così impegnativo qual è quello della libertà contrattuale nel diritto del lavoro; però proviamo a capovolgere l'approccio e partiamo da una semplice verifica *per negationem* di come viene applicato questo dogma in queste circostanze.

Prendiamo ad esempio il lavoro dei camerieri di un ristorante. Sarebbe legittimo un contratto di lavoro mediante il quale il datore di lavoro assumesse un certo numero di camerieri per ogni serata di apertura del locale, con la clausola che la prestazione di lavoro (consistente nella mera consegna ai tavoli delle portate) potrà essere svolta solo se il cameriere accetta la chiamata del titolare ogni qual volta se ne renda necessario, dovendo restare a disposizione in una postazione poco fuori il locale, indossando pure un'uniforma

²² M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada... sulle ruote dei riders di Foodora*, in *RIDL*, 2019, II, 353, coglie una contraddizione di Corte di Appello di Torino sul fatto di qualificare come un unico contratto continuativo quella che poi qualifica come una pluralità di micro-prestazioni.

²³ Da subito si è scritto che «i lavoratori non hanno normalmente alcun obbligo di essere disponibili a eseguire la prestazione in maniera tecnicamente continua nel tempo»: DE STEFANO, *Lavoro su piattaforma e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *RGL*, 2017, I, 249.

²⁴ F. FERRARO, *op. cit.*, sottolinea che in caso contrario ciò comporterebbe una concezione della subordinazione di natura meramente socio-economica (per la quale mi pare ancora eccellente il lavoro di F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, 1974).

me? Sarebbe legittimo un contratto di lavoro di un addetto allo sportello bancario o postale la cui prestazione fosse richiesta (ed eventualmente accettata) solo quando il direttore di filiale la richieda, nella giornata, per singole operazioni di sportello, magari ripetute più volte nella giornata?

Ebbene, chi non si pone il problema dell'intermittenza del lavoro dei ciclo-fattorini, dovrebbe considerare lecita anche questa singolare modalità di lavoro. Infatti, perché negare la libertà contrattuale del cameriere o del bancario?

Non mi soffermo sul fatto che sin dalle prime ricerche è stato ben messo in evidenza che i ciclo-fattorini (ma in generale, in lavoratori *on demand*) subiscono delle “sanzioni” in caso di ripetuta mancata risposta alle chiamate, consistenti in una estromissione dalle chiamate: insomma, una sorta di esclusione/licenziamento²⁵. Il punto che a me sembra più importante è che nell'ordinamento giuridico l'espressione della libertà contrattuale è contenuta negli schemi negoziali e nei loro dogmi. Pertanto, un rapporto contrattuale di lavoro, quando presuppone un interesse produttivo continuativo, deve essere anch'esso continuativo.

Così è per il contratto di lavoro intermittente che permette il lavoro a chiamata a ben precise e determinate condizioni e fra queste c'è la presunzione legale che l'esecuzione della prestazione di lavoro per più di 400 giornate in tre anni trasforma il contratto a tempo pieno e indeterminato (art. 13, comma 3, d.lgs. n. 81/2015)²⁶. Non si tratta solo di sanzionare una violazione, ma di riconoscere – attraverso la sanzione – che c'è un interesse organizzativo continuo da parte del datore di lavoro²⁷. C'è una sostanziale necessità di dare al contratto di lavoro la forma adeguata e congrua.

Stesso principio vale nella disciplina del contratto a termine, la cui causa deve essere «temporanea». La legge presume la «temporaneità» della causa di un contratto a termine dall'interesse organizzativo del datore di lavoro sicché, qualora una pluralità di contratti a termine fosse riconducibile a un medesimo interesse organizzativo, sia rispetto alle causali, sia rispetto alla reiterazione di più contratti a termine, il contratto sarebbe da considerare a tempo indeterminato²⁸.

Perché, dunque, i Giudici chiamati a decidere sui rapporti di lavoro dei ciclo-fattorini oppure dei consegnatari hanno preferito appellarsi alla libertà contrattuale e alimentare un'arzigogolata contesa dottrinale su subordinazione e autonomia? Mi si potrebbe obiettare che la tecnologia delle piattaforme rende peculiare il lavoro di questi ciclo-fattorini

²⁵ Questo è stato uno degli elementi che ha indotto, per esempio, i giudici del Regno Unito a qualificare come «worker» gli autisti a disposizione di Uber. Cfr. fra gli altri PIETROGIOVANNI, *L'importanza di chiamarsi lavoratori, ossia delle corti del Regno Unito alle (p)rese con il lavoro a chiamata sulle piattaforme*, in *LLI*, vol. 5, n. 1, 2019, C. 44.

²⁶ MATTEI, *La continuità del lavoro intermittente*, in ZILIO GRANDI e BIASI (a cura di) *Commentario breve alla riforma “Jobs Act”*, Cedam, 2016, 653-667.

²⁷ VOZA, *Gli ennesimi ritocchi alla disciplina del lavoro intermittente*, in GHERA, GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, 234.

²⁸ Mi limito a richiamare Cass., 8 gennaio 2015, n. 62, in *RGL*, 2015, II, 240 ss. che ha poi sollevato questione pregiudiziale dinanzi alla C. giust., 3 luglio 2014, causa C-362/13, *Fiamingo*. Cfr. per tutti AIMO, *La nuova disciplina sul lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, in *DLRI*, 2015, 635 ss.

(come ieri quello dei *pony express*²⁹), a differenza del lavoro dei camerieri o bancari negli esempi di prima. Oppure dire che gli schemi negoziali esistenti non potrebbero essere utilmente utilizzati per questo specifico modo di lavorare.

A queste obiezioni replicherei dicendo che sono le tecnologie a doversi adeguare agli schemi negoziali esistenti e che, invece, l'operazione dottrinale e giurisprudenziale messa in campo finora ha trovato la via di fuga nel contratto di collaborazione etero-organizzata. Si tratta, però, di una via che sfugge al problema che sto cercando di mettere in luce in questo scritto, e cioè il fatto che la pluralità di micro-rapporti di lavoro non fa i conti con la continuità dell'interesse organizzativo³⁰.

La libertà contrattuale dei lavoratori delle piattaforme – come di altri casi analoghi – è l'inutile foglia di fico posta dalla giurisprudenza per nascondere ciò che Del Punta, commentando la sentenza della Corte d'Appello di Torino, ha giustamente chiamato il «convitato di pietra di questa problematica» e cioè «la continuità temporale della prestazione (...) e del connesso effetto retributivo»³¹. Insomma: perché il ciclo-fattorino non è titolare di un rapporto di lavoro unico, in corrispondenza della continuità temporale dell'interesse organizzativo in capo alle piattaforme, anziché abusare della libertà contrattuale in una pluralità di rapporti?³²

La risposta sta nel disagio di qualificare il tempo in cui il lavoratore è in attesa della chiamata, il tempo della c.d. disponibilità, tempo che non è normalmente considerato tempo di lavoro effettivo. Il problema è tutto qui: nella riluttanza (se non, resistenza) a dare una definizione di «tempo di lavoro» come tempo in cui si sostanzia la prestazione oggetto del contratto di lavoro³³. In fin dei conti, la giurisprudenza sui ciclo-fattorini non rileva tanto per aver qualificato come lavoro etero-organizzato e non subordinato la prestazione di lavoro, quanto per essersi allineata alla tradizione, secondo la quale c'è prestazione di lavoro solo quando c'è lavoro effettivo, tempo effettivamente lavorato; diversamente non

²⁹ È meritata la ripetuta citazione dell'articolo di VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *WP D'Antona, It.*, n. 336/2017 che ha sottolineato come il dibattito attuale sia molto simile a quello sui *pony express* di metà anni '80.

³⁰ RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *DRI*, 2020, 371, mi pare che ammetta la circostanza che se si ricostruisce «nei fatti» che «il debitore si mette stabilmente a disposizione del creditore che accetta tale disponibilità e ne trae effettivo godimento» si ha dipendenza ex art. 2094 c.c. Siccome si parla di ciclo-fattorini, anche quest'A. lascia intendere che potrebbe non essere così, non spiegando come ciò possa accadere nel *fatto* di cui si tratta. Sull'apprezzamento di queste circostanze di fatto aveva insistito anche PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013, 129-134, con riferimento alla disciplina del lavoro a progetto.

³¹ DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2019, II, 364 ss.; effetto retributivo – prosegue Del Punta – «che però determinerebbe uno stravolgimento della principale caratteristica di questi lavori, che è l'intermittenza».

³² Questa domanda, non vale per quei ciclo-fattorini (come quelli di *Foodora* Torino) che erano titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Per adesso sto cercando di focalizzare l'attenzione sul profilo della continuità del rapporto di lavoro. Altro problema è qualificare se la prestazione oggetto del rapporto continuativo è autonoma, subordinata o etero-organizzata. Su questo v. *infra* nel testo.

³³ Meritoriamente (ed eccezionalmente) il Rapporto dell'OIL scritto in occasione del centenario della sua fondazione (OIT, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur – Commission mondiale sur l'avenir du travail*, 2019) ha inquadrato il problema delle condizioni delle nuove forme di lavoro a chiamata anche come problema di gestione e regolazione dei tempi di lavoro (v. in particolare 42). La riluttanza della dottrina a trattare la questione della fattispecie a partire dalla questione della qualificazione di ciò che è tempo di lavoro è dimostrata anche dal commento a questo Rapporto di NASOM-TISSANDER, *Une autonomie pour le temps de travail? Des préconisations incertaines*, in *DS*, 2020, 26 ss.

c'è lavoro³⁴. In effetti, questa giurisprudenza dice poco sulla fattispecie³⁵, mentre ha provocato un'alluvionale letteratura dottrinale sulla configurazione della direzione, dell'etero-organizzazione, del coordinamento, ecc. Il poco, a mio parere, riguarda i due dogmi su cui si fonda tutto questo discorso.

Il primo dogma è la libertà contrattuale cui ci si appella per giustificare la pluralità di rapporti di lavoro fittizi rispetto all'unicità dell'interesse organizzativo e produttivo del datore di lavoro³⁶.

Finanche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (prendo ad esempio per tutta, *FNV Kunsten*) viene dato rilievo a questo elemento – seppur con una certa leggerezza – quando ha occasione di fornire la sua definizione di lavoratore per il diritto UE precisando che «per giurisprudenza costante, la caratteristica essenziale di tale rapporto è la circostanza che una persona fornisca, *per un certo periodo di tempo*, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione» (punto 34 – *corsivo mio*)³⁷.

Questa connessione ambigua fra tempo di lavoro e fattispecie contrattuale emerge già in modo vistoso quando si rivendica la disciplina legale sul tempo di lavoro di questi tipi di contratti. Prendiamo il caso della recente ordinanza della Corte di Giustizia (C-692/19 del 22 aprile 2020, *Yodel*) che non a caso è riferita a un contratto di lavoro per prestazione di servizi di un consegnatario di merci. Il lavoratore ricorrente ha sollevato questione pregiudiziale con riferimento all'applicazione nel Regno Unito della Direttiva 2003/88 in materia di orario di lavoro. L'ordinanza merita di essere richiamata perché per discutere sull'applicazione della Direttiva sull'orario di lavoro, la quale prescrive la nozione di orario di lavoro, finisce per richiamare preliminarmente la giurisprudenza sulla nozione nel diritto UE di lavoratore³⁸.

L'ordinanza presuppone la stretta correlazione fra tempo di lavoro e fattispecie giuridica del lavoratore; tuttavia, in essa si ripropone lo schema concettuale tipicamente assunta da dottrina e giurisprudenza per cui prima si definisce cos'è lavoratore subordinato a cui

³⁴ Quest'orientamento connota anche altri ordinamenti giuridici nazionali; v. per esempio il recente caso della Corte di Cassazione francese secondo la quale «le fait de pouvoir choisir ses jours et heures de travail n'exclut pas en soi une relation de travail subordonnée, de lors que lorsqu'un chauffeur se connect à la plateforme Uber il intègre un service organisé par la société Uber BV». V. Court de Cassation, Chambre Social, 4 marzo 2020, Arret n. 374, citata da ANTONMATTEI, *La Court de Cassation requalifie en contrat de travail la relation contractuelle entre la société Uber et un chauffeur de UTV*, in *DS*, 2020, 374-375.

³⁵ MAGNANI, *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *DRI*, 2020, 111-113.

³⁶ FERRANTE, *Subordinazione, dipendenza, abitudinalità, personalità: riflessioni e proposte per la tutela dei nuovi lavori*, in *Labor*, 2019, 29, sembra condividere questa critica scrivendo che «quando...la prestazione sia resa in maniera continuativa, è forse venuto il momento di riconsiderare l'abitudinalità come un elemento della fattispecie, altresì ai fini dell'operazione di qualificazione che spetta al giudice, sia che si tratti di rintracciare uno dei c.d. indici della subordinazione, sia nella prospettiva di valutare l'effettiva libertà di accettare le prestazioni proposte».

³⁷ C. giust., 4 dicembre 2014, causa C-413/13, *FNV Kunsten*.

³⁸ Va precisato che si tratta di un caso riferito all'ordinamento del Regno Unito, nel quale Paese, il *Working Time Act* del 1998 non si limita a dare la nozione legale di orario di lavoro ma stabilisce che questa nozione riguarda il "worker", di cui da una formale definizione legale nel medesimo art. 2. Come dico in testo, questa peculiarità rispetto ad altri ordinamenti, come quello italiano, deriva da fatto che nel Regno Unito esiste una terza categoria contrattuale (che riguarda i *workers*) ai quali si applicano alcuni diritti fondamentali come, appunto, l'orario di lavoro. Cfr. fra gli ultimi, BOGG e FORD, *Between Statute and Contract: Who is a Worker?*, in *The Law Quarterly Review*, 2019, vol. 135, July, 347 ss.

– dopo – si applica la disciplina legale dell'orario di lavoro. Così facendo, quand'anche la prestazione oggetto del contratto fosse configurabile come tempo di lavoro vincolato all'interesse dell'organizzazione produttiva, se il contratto è di lavoro autonomo, resta tale. La Corte di Giustizia scrive in conclusione che «per quanto concerne i tempi di “lavoro”, se è vero che un servizio come quello nella causa principale *deve essere fornito in fasce orarie determinate*, resta il fatto che una tale esigenza inerisce alla natura stessa del servizio, atteso che il rispetto di questi orari sembra essere indispensabile per assicurare la corretta esecuzione di tale servizio» (punto 42 – *corsivo mio*).

Ho già detto che anche un rapporto di lavoro autonomo può certamente essere svolto «per un certo periodo di tempo»; ma se *per un certo periodo di tempo* sussiste un'alternanza frequente fra lavoro etero-organizzato (o subordinato) e non-lavoro, ecco allora che siamo di fronte al secondo dogma dato per scontato troppo frettolosamente nella discussione dottrinale. Si tratta proprio del «convitato di pietra», cioè a dire della qualificazione giuridica di quei segmenti di tempo che sono utile all'organizzazione produttiva ma che restano invisibili quando si tratta di riconoscerli per quello che sono, nascondendosi dietro il dogma della «effettività» del lavoro. Il convitato di pietra ci mette di fronte all'inadeguatezza del concetto dottrinale di “tempo di lavoro”, soprattutto se inteso come oggetto del contratto sinallagmatico fra lavoro e retribuzione.

5. Tempo di lavoro e oggetto del contratto: per una concezione materiale.

Tutti questi concetti evocano la medesima questione: cos'è il lavoro oggetto del contratto?

La dogmatica giuridica della subordinazione presuppone la «disponibilità continuativa»³⁹; la base materiale di ciò che chiamiamo lavoro è proprio la *disponibilità*, cioè la porzione di tempo che il debitore di lavoro mette a disposizione del potere del datore di lavoro di organizzare la produzione. La disponibilità è ontologicamente continuativa, perché consiste in un tempo durante il quale la persona-lavoratore è nella disponibilità del potere di organizzazione. Questa disponibilità è lo «stare a disposizione» (se si ritiene che l'oggetto del contratto sia un *comportamento* della persona) oppure il «mettere a disposizione» (se si ritiene che l'oggetto del contratto sia un *bene* della persona). In entrambi i casi, la «disponibilità» è una condizione di diritto che si dà *nel tempo*, nel tempo del lavoratore, utile all'organizzazione produttiva che ne dispone.

Lavoro subordinato è prima di tutto *disponibilità continuativa nel tempo al potere dell'organizzazione sul tempo del lavoratore*: questo è «lavoro», cioè la sostanza oggettiva del contratto.

³⁹ GHERA, *La subordinazione tra tradizione e nuove proposte*, in *DLRI*, 1988, 621. Anche SIOTTO, *Fuga dal tempo misurato: il contratto di lavoro tra subordinazione e lavoro immateriale*, in *RIDL*, 2010, I, 411 attribuisce importanza al concetto di «disponibilità continuativa».

Solo che la sostanza «lavoro» per farsi oggetto del sinallagma contrattuale deve avere una sua «forma», deve essere cioè determinato, cioè oggettivato. L'oggettivazione contrattuale del lavoro, quindi, è l'attribuzione di una forma alla sostanza «lavoro» tale da renderlo delimitato, determinato, nel sinallagma contrattuale. Nel contratto di lavoro, il tempo della disponibilità continuativa utile all'organizzazione deve essere qualificato, prima, e determinato, poi. La determinazione dell'oggetto tramite inquadramento professionale e – per ciò che qui interessa – orario di lavoro ha sempre svolto questa funzione. Il lavoro deve determinarsi nella quantità (oltre che nella qualità) per evitare che la disponibilità al potere dell'organizzazione sia illimitata, così ripetendo la condizione servile. Per delimitare occorre qualificare il tempo: qui sta la funzione svolta dalla nozione legale di orario di lavoro effettivo⁴⁰. Una nozione che finisce, appunto, non solo per misurare il tempo, ma per qualificarlo; e se il tempo è lavoro, allora questa nozione tecnica finisce per qualificare l'oggetto del contratto.

L'effettività del lavoro, però, non è un connotato *in rerum natura* del tempo dedotto nel contratto ma è un dispositivo normativo posto, in genere, al fine di applicare la legislazione sui limiti di durata massima del lavoro.

Orbene, se prendiamo la nozione legale di «orario di lavoro» prevista nell'art. 1, d. lgs. n. 66/2003, anche il tempo dell'«essere a disposizione» può essere qualificato come esercizio di funzioni e, perciò, costituire lavoro (effettivo)⁴¹. Il problema è che questa nozione legale ha finito per essere utilizzata per *identificare* il lavoro subordinato *tout court*. Il lavoro effettivo, così, non è solo l'oggetto misurato al fine di garantire una specifica protezione ma è diventato l'indice che qualifica la «prestazione di lavoro» stessa⁴². D'altronde, forse quest'eterogeneità deriva da un'antica polemica risalente a quando la dottrina maggioritaria contestò alla giurisprudenza degli anni '60 che l'indice rivelatore della subordinazione fosse la mera «continuità» poiché – si scrisse esplicitamente – così facendo anche il «tenersi a disposizione» sarebbe stato qualificato come prestazione di lavoro subordinato⁴³. Insomma, lo «stare a disposizione» ha finito per diventare l'alternativa alla prestazione di lavoro subordinato, effettivo.

⁴⁰ MARTONE, *Sulla nozione di "lavoro effettivo"*, in *ADL*, 1998, 463 ss. Di particolare interesse è il dibattito dottrinale animato da molti anni in Francia: v. per esempio JEAMMAUD, *Le travail effectif entre jurisprudence et législation*, in *DS*, 1998, 744 ss.; JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, 2006; da ultimo DUCHANGE, *Les racines juridiques du droit du temps de travail*, in *RDT*, 2019, 468 ss.

⁴¹ v. la giurisprudenza della Corte di Giustizia, fra cui richiamo per tutte C. giust. 1° dicembre 2005, causa C-14/04, *Dellas*. Sul punto v. BOLEGO, *Orario di lavoro. Commento all'art. 1*, in LECCESE (a cura di) *L'orario di lavoro. Commento al d. lgs. n. 66/2003*, Kluwer Ipsa, 2004, 62 ss.

⁴² A conferma del nesso logico esistente fra il concetto giuridico di «lavoro effettivo» e quello di «prestazione di lavoro» basta leggere i commenti alle norme delle leggi sull'orario di lavoro, relative alla nozione di orario di lavoro: per tutti v. RICCI, *Tempo di lavoro e tempo sociali*, Giuffrè, 2005 e LECCESE, *La nuova disciplina dell'orario di lavoro nel d. lgs. n. 66/2003 come modificato dal d. lgs. n. 213/2004*, in CURZIO (a cura di) *Lavoro e diritti a tre anni dal decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, 2006, 255.

⁴³ SPAGNUOLO VIGORITA, *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporti di lavoro*, in *RDC*, 1969, I, 545 ss. Sulla questione v. GAETA, *Tempo e subordinazione: guida alla lettura dei classici*, in *LD*, 1998, 35; poi GAETA e LOFFREDO, *Tempi e subordinazioni*, in VENEZIANI e BAVARO (a cura di) *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, 2009, 29 ss. V. anche GRAGNOLI, *Tempo e contratto di lavoro subordinato*, in *RGL*, 2007, I, 439 ss.

Eppure, da più di trent'anni, è apparso chiaro che «la tradizionale concezione che fa del tempo il parametro fondamentale di misurazione economico-giuridica del lavoro subordinato [...] mostra evidenti segni di crisi»⁴⁴ e che occorrerebbe misurare la quantità «anche in termini di intensità»⁴⁵. In queste posizioni – al di là degli esiti – si manifesta la consapevolezza che la prestazione di lavoro, quella utile al datore di lavoro, quella da cui si estrae plus-valore, non è più sempre e soltanto lavoro detto “effettivo”. La misurazione cronologica del lavoro è di fronte a una trasformazione della concezione stessa di «utilità del lavoro», finora basata esclusivamente sul tempo misurato soltanto come orario di lavoro effettivo. Il tempo di lavoro messo a disposizione dell'organizzazione produttiva è utilità che non coincide con l'iper-fordista nozione di lavoro effettivo. Il lavoro digitale, il lavoro tramite piattaforme, il lavoro 4.0, il lavoro cognitivo o comunque lo si voglia denominare è una nuova forma di lavoro salariato, ma pur sempre di tempo di lavoro che valorizza l'interesse produttivo⁴⁶.

L'evoluzione dei processi produttivi lascia intatta l'utilità del tempo di lavoro qualificato tradizionalmente “orario di lavoro effettivo”; la novità è nell'utilizzo sempre più intensamente di tempo che dobbiamo qualificare come “lavoro” ma che non rientra nella tradizionale categoria del lavoro effettivo. La dogmatica giuridica deve reinterpretare e ridefinire il concetto stesso di lavoro perché attraverso una posizione interpretativa dottrinale sulla distinzione fra lavoro effettivo e stare a disposizione si è finito per rappresentare un determinato assetto di interessi nella produzione.

Non discuto della funzione macro-economica di questa dogmatica nel misurare lo scambio fra lavoro e salario e nemmeno che il lavoro effettivo era un efficace dispositivo per misurare il lavoro produttivo e utile così come si andava sviluppando nella produzione industriale. Ovviamente non discuto della necessità di misurare il lavoro perché solo così si possono garantire diritti fondamentali (quali il diritto al riposo e simili) come ha recentemente avuto occasione di ribadire la Corte di Giustizia UE nella sentenza *Federacion de Servicios Comisiones Obreras* del 2019⁴⁷.

Discuto ciò che viene misurato come «lavoro»; discuto che il lavoro, in alcune delle nuove forme di produzione, non è più solo quello dotato di una c.d. effettività che, andando al sodo, nessuno può veramente dire cosa sia; piuttosto, il lavoro è dato in un tempo variabile in cui si produce valore per l'impresa. La connessione logico-giuridica fra lavoro, orario e disponibilità è frutto di un'elaborazione dottrinale che, comprensibile nel passato, ora non è più adeguata a rappresentare le forme del lavoro; beninteso, del lavoro subordinato. Perciò occorre aggiornare i canoni dell'interpretazione⁴⁸, cioè occorre che la

⁴⁴ DE LUCA TAMAJO, *Il tempo della prestazione di lavoro*, in *DLRI*, 1986, 470.

⁴⁵ ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro. vol. II.*, Giuffrè, 1985, 252.

⁴⁶ Sul punto rinvio al mio *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *RGL*, 2018, I, 35 ss. con cui concorda DE SIMONE, *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, in *RGL*, 2019, I, 3 ss.

⁴⁷ C. giust., 14 maggio 2019, causa C-55/18.

⁴⁸ BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, 2019, 20, con riferimento ai ciclo-fattorini, riconosce che c'è un problema di remunerazione del tempo di disponibilità ma che non sarebbe risolvibile per via interpretativa. Come provo a spiegare nel testo, io credo che il tempo di disponibilità sia una costruzione dottrinale, come tale prodotto dell'interpretazione.

concezione giuridica del tempo di lavoro si emancipi da una pigra tradizione dogmatica sotto due profili, diversi seppur connessi.

Da una parte, occorre innovare il concetto di effettività del lavoro, derivato dalla vecchia nozione di orario di lavoro. D'altronde, si tenga presente che già in giurisprudenza o nella contrattazione collettiva ci sono stati innovazioni interpretative finalizzate ad includere nuovi segmenti di tempo nel concetto di lavoro: si pensi alla giurisprudenza sui tempi "strumentali" (tempo-tuta, tempo viaggio, reperibilità) e a come spesso la contrattazione collettiva dia riconoscimento come "lavoro" a questi tempi «periferici»⁴⁹ perché ritenuti contrattualmente necessari alla produzione⁵⁰. La prima cosa da aggiornare, dunque, è la concezione dottrinale della nozione di effettività del lavoro misurandosi con le forme giuridiche del lavoro nei nuovi modelli di produzione di valore. Insomma, se l'orario misura il lavoro utile all'impresa per produrre valore, allora occorre conteggiare tutto il tempo del lavoro umano che l'impresa utilizza in virtù del contratto; conteggiarli – per esempio – per retribuirli, seppur a proprie condizioni di scambio così come previste dall'ordinamento giuridico.

È pure accaduto che un Giudice abbia valorizzate questa condizione materiale su cui concettualizzare la dogmatica del contratto di lavoro: per esempio, è accaduto che un Tribunale del Regno Unito (caso *Uber BV*) ha riconosciuto che «l'eccellente esperienza del *driver* che l'organizzazione cerca di fornire dipende dalla sua capacità di far giungere i conducenti dai passeggeri il più rapidamente possibile. Per essere sicuri di soddisfare la domanda, deve, in qualsiasi momento, avere alcuni dei suoi conducenti che trasportano passeggeri e alcuni in attesa dell'opportunità di farlo. Essere disponibili è una parte essenziale del servizio che il *driver* rende a *Uber*. Se possiamo prendere in prestito una citazione letteraria ben nota 'servono anche chi sta solo in piedi e aspetta'⁵¹. In altre parole, la produzione di *Uber*, così come di ogni piattaforma che organizza lavoro *on demand*, si basa sullo sfruttamento di tempo di diponibilità dei lavoratori.

Una volta qualificato questo tempo utile alla produzione come tempo-lavoro, esso deve essere qualificato come «lavoro» e perciò godere del relativo statuto giuridico. A cominciare, per esempio, dalla retribuzione perché non può esistere un tempo di lavoro senza retribuzione (fermo restando la specifica valutazione della consistenza salariale di questo tempo, così come oggi già accade per gli altri segmenti di tempo: l'orario normale,

⁴⁹ Così di recente si esprime TOURNAUX, *Les temps périphériques au travail*, in *DS*, 2019, 634 ss. tornando su questo tema. Quanto alla qualificazione del tempo di disponibilità come tempo intermedio fra il lavoro e il riposo, rimando all'articolo di RAY, *Les astreintes, un temps du troisième type*, in *DS*, 1999, 250 ss. e all'articolo di ALESSI, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, in *WP D'Antona*, It., n. 123/2011.

⁵⁰ Accade anche che la giurisprudenza del lavoro, si spinge fino a riconoscere che «la messa a disposizione di energie lavorative, obbligazione che contrassegna il lavoratore alle dipendenze altrui, è presente anche nel periodo di attesa e si colloca nella fase preparatoria dell'adempimento. Rimane altresì la continuità giuridica, caratteristica della subordinazione, pur a fronte della discontinuità della prestazione» Cass., 8 marzo 2019, n. 6870, in *RGL*, 2020, II, 190 ss. Riconosco che, nel caso concreto, il Giudice stava valutando i presupposti per fruire di prestazioni sociali e non – per esempio - se e come retribuire questo tempo di disponibilità; e la differenza non è di poco conto. Tuttavia, sono casi che dimostrano una sensibilità che va maturando sempre di più. Similmente, Cass., 13 febbraio 2018, n. 3457 che qualifica il rapporto di lavoro degli addetti alla riscossione delle giocate di un'agenzia ippica.

⁵¹ Si tratta della sentenza del Tribunale del Lavoro di Londra, del 28 ottobre 2016, sezione 100, nel caso *Aslam v. Uber BV*, citata da PIETROGIOVANNI, *op. cit.*, C.55.

quello straordinario, la reperibilità, le trasferte, il tempo-tuta, ecc.). Ma, quale che sia la valutazione retributiva di questi tempi di lavoro, il presupposto è qualificare il tempo della disponibilità come lavoro.

D'altra parte – e vengo al secondo profilo – occorre prendere atto che il tempo di lavoro, oggetto del contratto di lavoro subordinato, già oggi non è sempre misurato mediante orario. Non è una novità che la prestazione di lavoro subordinato possa essere configurata senza ricorrere alla misurazione tramite “orario”. È all'ordine del giorno del dibattito dottrinale e contrattuale la modalità agile di lavoro subordinato che propone la questione a partire dall'assenza di «precisi vincoli di orario». Rinviando ai numerosi e approfonditi studi sulla disciplina legale e contrattuale⁵², mi limito a osservare che l'assenza di precisi vincoli di orario può voler dire che non ci sono vincoli in ordine alla sola collocazione temporale della prestazione (giornaliera e/o settimanale) oppure anche che l'assenza di vincolo riguarda pure la durata della prestazione, seppur nei vincoli di durata massima.

Nel primo caso, non si pone alcun particolare problema poiché tutto si risolve in un'ampia flessibilità organizzativa nella collocazione temporale della prestazione di lavoro, senza però mettere in questione il conteggio orario di ciò che è “lavoro effettivo”⁵³.

Invece, nel caso in cui l'assenza di vincolo orario riguarda la durata – seppur nei limiti massimi previsti dal d.lgs. n. 66/2003 o dal contratto collettivo applicato – siamo di fronte a un lavoratore subordinato che adempie la prestazione di lavoro senza un preciso conteggio orario del suo lavoro. Beninteso, non diversamente dai «lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi» (art. 17, comma 5, d.lgs. n. 66/2003).

Nei primi commenti alle norme della legge n. 81/2017 sul lavoro agile gli autori hanno colto la peculiarità di questo rapporto proprio sotto il profilo temporale. Alcuni commentatori hanno riconosciuto esplicitamente che «il tempo di lavoro deve essere coerentemente rivisitato soprattutto alla luce delle dinamiche strutturalmente collegate alle varieghe tipologie negoziali del lavoro...» come per esempio in materia di retribuzione più legata ai risultati che al tempo di lavoro⁵⁴. C'è chi ha denunciato la difficoltà di misurare il tempo

⁵² SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018; CASILLO, *La subordinazione agile*, in *DLM*, 2017, 2, 519 ss.; LEVI, *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in *RGL*, I, 25 ss.; TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP D'Antona*, It., n. 337/2017; RICCI, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del “lavoro agile”*, in *NLCC*, 2019, I, 635 ss.; ZEPPELLI, *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?*, in *RGL*, 2019, I, 305 ss.

⁵³ Naturalmente, il problema non sussiste solo nel caso in cui il potere di collocazione temporale della prestazione fosse affidato al lavoratore agile. Mettiamo il caso che la giornata di lavoro fosse di 7,5 ore e l'accordo prevedesse che queste ore fossero liberamente collocabili nell'arco delle 24 ore in base alle esigenze del lavoratore, saremmo di fronte a una condizione di massima libertà per il lavoratore e comunque non cambierebbe nulla rispetto alla corrispondenza fra lavoro e tempo scandito da un orologio. Nel caso contrario, saremmo di fronte a un'ipotesi di flessibilità oraria definita tramite contrattazione individuale, senza quindi le tutele previste dalla legge allorché la flessibilità oraria debba passare attraverso la contrattazione collettiva.

⁵⁴ ROMEO, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore tra invadenze tecnologiche e nuove modalità della prestazione*, in *RGL*, 2019, I, 672-673. Cfr. MAGNANI, *I tempi e i luoghi del lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo*, in *WP D'Antona*, It., n. 404/2019.

di lavoro e, di conseguenza, la difficoltà di delimitare il tempo di lavoro dal tempo del non-lavoro⁵⁵.

Eppure, resta ancora poco analizzato il concetto stesso di lavoro subordinato quando non è calcolato (e quindi non è identificato) tramite il conteggio orario. Sia ben chiaro: non è un problema semplice; anzi, forse si sottovaluta l'enorme portata di questa modalità che comincia ad affiorare mano a mano che diventa sempre più diffuso e strutturale questo modello di organizzazione della produzione di valore. Se il tempo di lavoro misurato con l'orologio non fosse più la base del contratto di lavoro, non fosse più la base per determinare lo scambio fra lavoro e salario, la base per delimitare il tempo dell'adempimento, se venisse meno tutto questo, su cosa dovremmo basare lo scambio fra lavoro/adempimento e salario? Affrontare il problema delle nuove forme di lavoro senza rispondere a questa domanda basilare, ci impedisce di definire la più adeguata forma giuridica del rapporto di lavoro salariato nei nuovi modelli di produzione economica.

⁵⁵ MILITELLO, *Il work-life blending nell'era della on demand economy*, in *RGL*, 2019, I, 47 ss.; TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP D'Antona*, It., n. 419/2020.