

Numero 1 / 2020

(estratto)

**Marco Biasi**

**Tra fattispecie ed effetti: il “purposive approach”  
della Cassazione nel caso Foodora**

# Tra fattispecie ed effetti: il “purposive approach” della Cassazione nel caso Foodora

Marco Biasi

*Università degli Studi di Milano*

Sommario. 1. Una breve premessa. 2. Il retroterra processuale della pronuncia di legittimità: l'esclusione (in primo grado e in appello) della natura subordinata della prestazione dei *riders* (di causa) *ex art.* 2094 c.c. 3. Segue. La riconduzione, da parte del (solo) Giudice d'Appello, delle prestazioni dei *riders* al *tertium genus* del lavoro etero-organizzato. 4. La strategia processuale delle parti e l'oggetto del giudizio di legittimità. 5. La *ratio* antielusiva e la funzione rimediale dell'art. 2 d.lgs. 81/2015 nella lettura della Cassazione. 6. Segue. Gli incerti confini tra l'etero-organizzazione ed il coordinamento, sullo sfondo della subordinazione (come fattispecie...e come disciplina). 7. La delicatissima questione dei diritti “ontologicamente” incompatibili con un rapporto di lavoro autonomo. 8. Conclusioni.

## Una breve premessa

Con l'atteso provvedimento n. 1663/2020 del 24 gennaio 2020, la Cassazione, nel chiudere la vicenda processuale Foodora, ha al contempo aperto nuove prospettive che, tagliando trasversalmente il diritto del lavoro, si estendono oltre l'orizzonte virtuale dell'economia delle piattaforme.

La dotta e raffinata pronuncia in commento, infatti, rappresenta (*recte*, potrebbe rappresentare) una significativa, se non epocale, svolta, per (almeno) due ragioni, attinenti, l'una al metodo, l'altra al merito.

Sotto il primo aspetto, riveste un notevole interesse l'ampio ricorso, da parte della Cassazione, ai canoni teleologico e sistematico nell'interpretazione dell'art. 2 d.lgs. 81/2015, in marcata controtendenza con il tradizionale metodo – tanto nel “modello” sussuntivo, quanto nella

variante tipologica<sup>1</sup> – di qualificazione delle prestazioni *ex art.* 2094 c.c.<sup>2</sup>. Se l’art. 2 d.lgs. 81/2015 avesse, come sostenuto dalla Suprema Corte, l’effetto di rendere pleonastico “interrogarsi sulle [nuove] forme di collaborazione...siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell’autonomia, perché ciò che conta è che per esse...l’ordinamento ha statuito espressamente l’applicazione delle norme sul lavoro subordinato...”, verrebbe da chiedersi se abbia ancora un senso ragionare attorno alla fattispecie (lavoro subordinato) o se, come si sostiene in altri campi del diritto, la stessa potesse dirsi ormai definitivamente superata, a favore del “primato del caso”<sup>3</sup>.

Sotto il secondo profilo, è agevole preconizzare che la lettura in chiave rimediabile dell’art. 2 d.lgs. 81/2015 (ossia di una disposizione che, al di fuori delle sparute – ragionando sui grandi numeri – vicende dei *riders*, aveva in precedenza attirato l’attenzione più della dottrina che degli operatori<sup>4</sup>) spiegherà dei notevoli effetti sul contenzioso e che si assisterà all’impiego dell’argomento e/o alla formulazione della domanda (a rigore, in via gradata rispetto alla principale *ex art.* 2094 c.c.<sup>5</sup>) *ex art.* 2 d.lgs. 81/2015 in pressoché tutte le controversie in materia di qualificazione del rapporto di lavoro (comprese quelle estranee all’ambito della *gig economy*).

## **Il retroterra processuale della pronuncia di legittimità: l’esclusione (in primo grado e in appello) della natura subordinata della prestazione dei *riders* (di causa) *ex art.* 2094 c.c.**

Se, come preliminarmente rilevato, il *purposive approach*<sup>6</sup> della Suprema Corte si fonda su un

---

<sup>1</sup> D’obbligo il rinvio al noto passo di L. Mengoni, *Quale disciplina per i lavori “atipici”?* (2000), in M. Napoli (a cura di), *Il contratto di lavoro*, Vita & Pensiero, Milano, 2008, 86, ove l’A., nel respingere l’idea di una netta contrapposizione tra metodo sussuntivo e metodo tipologico, afferma che “la disputa...che contrappose il metodo sussuntivo al metodo tipologico quasi si trattasse di un’alternativa fu male impostata: sono modelli complementari che si integrano reciprocamente in un processo ermeneutico circolare, dal quale si esce quando siano acquisite le premesse per una decisione fondata in via deduttiva”.

<sup>2</sup> Cfr. D. Garofalo, *La prima disciplina del lavoro su piattaforma digitale*, in *Law. Giur.*, 2020, 1, 6, in termini di “nuovi ed inusitati canoni di interpretazione della legge”.

<sup>3</sup> Cfr., anche per i riferimenti, G. Zaccaria, *Introduzione Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars Interpretandi*, 2019, 1, 7 ss.

<sup>4</sup> S. D’Ascola, *La collaborazione organizzata cinque anni dopo: note sulla svolta del legislatore e sulle applicazioni possibili*, in *Law. Dir.*, 2020, 1, in corso di pubblicazione.

<sup>5</sup> Invero, potrebbero esservi dei casi in cui i lavoratori formulino in via principale ed esclusiva una domanda *ex art.* 2 d.lgs. 81/2015, rinunciando, come nelle vertenze britanniche promosse dagli autisti di Uber, alla riqualificazione del loro rapporto come subordinato *ex art.* 2094 c.c., a favore, appunto, del “mero” riconoscimento dei relativi diritti (si pensi *in primis* alla retribuzione adeguata) sulla scorta del meccanismo di estensione delle tutele di cui all’art. 2 d.lgs. 81/2015: cfr. London Employment Tribunal 28 ottobre 2016, *Aslam & Farrar v. Uber B.V.*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, 2, 575, con nota di D. Cabrelli, *Uber e il concetto giuridico di “worker”: la prospettiva britannica*, confermata da London Employment Appeal Tribunal 10 novembre 2017, *ivi*, 2018, 3, 977, con nota di G. De Luca, *Uber: ormai è un assedio. Prospettive future sul diritto del lavoro nella gig economy alla luce della sentenza della Corte d’Appello di Londra*; in dottrina, v., sul punto, V. Pietrogiovanni, *L’importanza di chiamarsi lavoratori, ossia delle Corti del Regno Unito alle prese con il lavoro a chiamata sulle piattaforme*, in *Labour & Law Issues*, 2019, 5, 1, 64.

<sup>6</sup> Nell’accezione di cui al testo, il *purposive approach*, che per i giuslavoristi rimanda inevitabilmente agli influenti studi di Guy Davidov (v., in particolare, G. Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press, 2016; Id., *The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach*, in *Spanish Law Journal*, 2017, 6, 1-2, 6 ss.), consiste in una tecnica, elaborata negli ambienti della *common law*, di interpretazione dei testi di legge, la quale combina i tratti dei canoni teleologico e sistematico del diritto continentale (A. Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton, 2005), muovendo oltre, ma non in contrapposizione, con la *literal interpretation*, ed anzi trovando nella lettera della legge il proprio principale limite, non troppo

marcato pragmatismo e, soprattutto, sull’attenzione al caso concreto<sup>7</sup>, pare doveroso prendere le mosse, in sede di commento, da un breve riepilogo dei contorni della singola vicenda processuale sulla quale è giunto da ultimo a pronunciarsi il Giudice di legittimità.

In estrema sintesi, dall’istruttoria condotta nei primi due gradi di giudizio è emerso che i *riders* ricorrenti, i quali avevano stipulato con la piattaforma<sup>8</sup> un contratto di “collaborazione coordinata e continuativa, godevano formalmente della libertà di – operare per altre piattaforme e – di scegliere l’*an* ed il *quando* della propria prestazione, oltre che di accettare o meno le singole proposte di consegna formulate, via app, dalla piattaforma<sup>9</sup>. Una volta accettato l’incarico, il *rider* si recava, mediante un mezzo proprio (normalmente, una bicicletta), ma con bauletto e “pettorina” recanti l’effigie del committente, a ritirare il cibo che veniva poi consegnato al domicilio del cliente della piattaforma, senza che, apparentemente, la piattaforma si ingerisse nella fase di trasporto (ad esempio, imponendo un certo itinerario). Ai *riders* veniva corrisposto un compenso, a seconda del momento, a tempo o a consegna<sup>10</sup>.

A fronte di un simile quadro probatorio, tanto la pronuncia di primo grado, quanto la decisione d’appello hanno escluso la natura subordinata del rapporto ai sensi dell’art. 2094 c.c., rivendicata dai lavoratori in via principale.

Secondo Trib. Torino 7 maggio 2018<sup>11</sup>, la libertà dei *riders* di accettare o meno gli incarichi sarebbe stata incompatibile con la subordinazione, risultando carente il potere della piattaforma di dirigere ed organizzare il lavoro<sup>12</sup>. Il peso decisivo riconosciuto, nella pronuncia torinese e parimenti nella “parallela” decisione del Tribunale di Milano sul caso Glovo<sup>13</sup>, alla libertà del *rider*

---

diversamente dall’interpretazione teleologica del diritto euro-continentale (v., in ambito nazionale, l’art. 12 Preleggi): in tema v., per tutti, V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002, 95 ss.

<sup>7</sup> Cfr. O. Mazzotta, *L’inafferrabile etero-direzione: a proposito di cicofattorini e modelli contrattuali*, in corso di pubblicazione in *Labor*, 2020, 1.

<sup>8</sup> Più precisamente, con la società che gestisce (nel caso di Foodora, gestiva) la piattaforma: F. Lunardon, *Le reti d’impresa e le piattaforme digitali della sharing economy*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 2, 375.

<sup>9</sup> Dall’esame testimoniale non era stato possibile accertare se, come affermato dai ricorrenti, la loro risposta venisse registrata dal sistema logaritmico deputato alla gestione degli incarichi, il quale avrebbe tenuto conto della disponibilità (non) mostrata ai fini delle future assegnazioni: sul tema del *ranking* reputazionale, v., ampiamente, A. Topo, “*Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*”, in *Lav. Dir.*, 2018, 3, 453 ss.

<sup>10</sup> Foodora, ad esempio, a quanto è emerso nel relativo giudizio, ha modificato nel tempo le modalità di calcolo del corrispettivo a favore dei *riders*.

<sup>11</sup> Trib. Torino 7 maggio 2018, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 4-5, 1220, con nota di M. Biasi, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora*.

<sup>12</sup> Trib. Torino 7 maggio 2018, cit.: “*se il datore di lavoro non può pretendere dal lavoratore lo svolgimento della prestazione lavorativa non può neppure esercitare il potere direttivo e organizzativo*”; similmente, a livello comparato, Lawson v. Grubhub Inc, 8 febbraio 2018, U.S. District Court for the Northern District of California, No. 3:15-cv-05128; *Razak v. Uber Technologies Inc.*, 11 aprile 2018, U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, No. 2:16-cv-00573; Conseil de Prud’hommes de Paris 29 gennaio 2018. *Contra* Cour de Cassation 28 novembre 2018, TakeEastEasy; Cour d’Appel de Paris 10 gennaio 2019; Juzgado de lo Social Madrid 11 febbraio 2019; Juzgado de lo Social Gijón 20 febbraio 2019.

<sup>13</sup> Trib. Milano 10 settembre 2018, in *Arg. Dir. Lav.*, 2019, 1, 151, con nota di E. Dagnino, *Ancora ostacoli sulla “via giurisprudenziale” alla protezione dei lavoratori della gig economy in Italia*.

di decidere l'*an* (oltre al *quando*) della prestazione ha reso secondario, se non addirittura superfluo, l'accertamento relativo alla sussistenza dell'eventuale potere direttivo/organizzativo esercitato dalla piattaforma sul *rider* durante lo svolgimento dell'attività. Tuttavia, il Giudice piemontese osservava incidentalmente<sup>14</sup> che i lavoratori *de quibus* non sarebbero stati comunque soggetti ad “ordini specifici” e neppure ad una “assidua attività di vigilanza e controllo”, dal momento che costoro potevano scegliere liberamente le rotte da percorrere in bicicletta dal ristorante al domicilio del cliente della piattaforma, pur essendo i loro spostamenti monitorati da quest'ultima<sup>15</sup>.

Nell'optare per una ricostruzione invero restrittiva della nozione di subordinazione<sup>16</sup>, l'arresto del Tribunale di Torino è sembrato trascurare l'importanza della «nuova» definizione di coordinamento *ex art. 409 n. 3) c.p.c.* dettata dall'art. 15 l. 81/2015, ove si legge che la collaborazione va considerata «coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa»<sup>17</sup>. Se l'elemento discretivo tra etero-direzione (e/o etero-organizzazione: v. *infra*) e coordinamento andrebbe individuato nell'esistenza di una situazione caratterizzata dall'assenza del potere organizzativo del committente/datore di lavoro<sup>18</sup>, non sarebbe risultata un'indagine circa la – eventuale – libertà di scelta sull'*an* e sul *quando* della prestazione a monte, ma sarebbe stato necessario un attento scrutinio delle modalità operative a valle, volto ad accertare l'effettiva autonomia del prestatore nell'esecuzione dell'incarico (una caratteristica indefettibile di un genuino coordinamento)<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. E. Gramano, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione e ritorno. Un commento alla sentenza Foodora*, in *Labor*, 2018, 5, 614: “l'impressione è che il giudice, una volta formato il proprio convincimento, alla luce di questo valido argomento, della autonomia dei ricorrenti, non abbia voluto arrestarsi a ciò... ma abbia inteso cercare a ogni costo altri appigli”.

<sup>15</sup> Cfr. M. Dallacasa, *Rileggendo Massimo D'Antona alla luce della giurisprudenza europea su subordinazione e autonomia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2019, I, 397, il quale sostiene come dall'esame dei casi relativi alla qualificazione del lavoro su piattaforma emerge un “eccesso dogmatico” nell'utilizzo del metodo sussuntivo, rintracciabile pure nelle massime standardizzate che rinvergono la subordinazione nella “emanazione di ordini specifici, nell'esercizio di un'assidua e costante attività di vigilanza e di controllo, nello stabile e continuativo inserimento nell'organizzazione produttiva dell'impresa”.

<sup>16</sup> Cfr. Corte Cost. 15 aprile 2015, n. 76, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, 2, 318, con nota di S. Bertocco, *Indisponibilità del tipo legale tra certezze della giurisprudenza e nuovi orientamenti dogmatici*.

<sup>17</sup> M. Del Conte, O. Razzolini, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, 3, 673 ss.

<sup>18</sup> G. Santoro Passarelli, *Lavoro eteroorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, 2017, 327, 6; cfr. U. Carabelli, *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in U. Carabelli, L. Fassina (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Roma, 2018, 45 ss.; R. Voza, *La modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, 2017, 318, 6; O. Razzolini, *Jobs Act degli autonomi e lavoro esclusivamente personale. L'ambito di applicazione della legge n. 81/2017*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2018, 17.

<sup>19</sup> Del resto, la giurisprudenza, anche più recente, sui call center (Cass. 14 giugno 2019, n. 16037) e, soprattutto, sulle agenzie di scommesse ippiche (Cass. 13 febbraio 2018, n. 3457; Cass. 5 maggio 2005, n. 9343), ha ritenuto la libertà di presentarsi al lavoro un elemento non decisivo in presenza di un controllo sulla prestazione, tanto da potersi instaurare un rapporto di

Ciò avrebbe probabilmente richiesto la “decodificazione” del complesso meccanismo di funzionamento della piattaforma, basato su ancora oscuri *ratings*, sui quali l’istruttoria (i.e. l’esame testimoniale condotto in sede giudiziaria) non era stata in grado di fare chiarezza<sup>20</sup>: se, infatti, fosse emerso che il sistema avesse “penalizzato”, ai fini dell’assegnazione dei nuovi incarichi, il *rider* che non avesse seguito il percorso indicato dalla piattaforma, sarebbe stato arduo sostenere che il *rider* avesse goduto di una reale autonomia nell’organizzare la propria prestazione.

La statuizione del Tribunale di Torino circa l’esclusione della natura subordinata della prestazione resa dai *riders* di causa ha trovato conferma nella pronuncia resa in appello<sup>21</sup>, ove si è pure osservato che la limitata durata dell’impegno dei *riders* su base settimanale (pari ad una “prestazione media decisamente inferiore alle 20 ore settimanali”) sarebbe risultata “di per sé poco compatibile con la natura subordinata dei rapporti di lavoro in essere”.

Tale presa di posizione è parsa invero sorprendente, alla luce della normale irrilevanza della durata media della prestazione nell’ambito del procedimento di qualificazione, salvo che in casi del tutto peculiari e non passibili di estensione in via analogica<sup>22</sup>. Del resto, si è osservato in dottrina, la natura discontinua propria del contratto di lavoro intermittente non ha mai consentito di porre in dubbio la natura subordinata delle relative prestazioni, quanto meno con riferimento alla fase esecutiva<sup>23</sup>.

### **Segue. La riconduzione, da parte del (solo) Giudice d’Appello, delle prestazioni dei *riders* al *tertium genus* del lavoro etero-organizzato.**

Se, dunque, le pronunce di merito sui *riders* (compresa quella milanese) si sono allineate nell’esclusione della prestazione di questi ultimi dall’alveo del lavoro subordinato, le stesse hanno

---

lavoro a tempo parziale ed orario flessibile ovvero una serie di rapporti di lavoro subordinato di brevissima durata: in tema v. M. Novella, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in *Labour & Law Issues*, 2019, 1, 91.

<sup>20</sup> V. Maio, *Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazione del rapporto e tutele*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 3, 127; G. Bolego, *Intelligenza artificiale e regolazione delle relazioni di lavoro: prime riflessioni*, in *Labor*, 2019, 1, 61; E. Dagnino, *People analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, in *Labour & Law Issues*, 2017, 3, 1.

<sup>21</sup> App. Torino 4 febbraio 2019, n. 26, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2019, II, 350, con note di M.T. Carinci, *Il lavoro eteroorganizzato si fa strada... sulle ruote dei riders di foodora*, e di R. Del Punta, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*.

<sup>22</sup> Cfr., in particolare, nel campo del lavoro sportivo professionistico (ovviamente del tutto estraneo alla fattispecie in esame, non potendosi di certo confondere – si consenta l’amara battuta – un cicofattorino con un...ciclista), l’art. 3, comma 2, l. 91/1981, ove si legge che la prestazione sportiva dell’atleta è oggetto di un contratto di lavoro autonomo «quando ricorra almeno uno dei seguenti requisiti...c) la prestazione..., pur avendo carattere continuativo, non superi otto ore settimanali oppure cinque giorni ogni mese ovvero trenta giorni ogni anno». In tema v., da ultimo, F. Ferraro, [Il calciatore tra lavoro sportivo professionistico e dilettantismo](#), in *Lav. Dir. Eur.*, 2019, 3, 12.

<sup>23</sup> G. De Simone, *Lavoro digitale e subordinazione. prime riflessioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2019, I, 14.

offerto soluzioni differenti con riguardo alla possibile applicazione dell’art. 2 d.lgs. 81/2015 ai rapporti di causa<sup>24</sup>.

Secondo il Tribunale di Torino, nonostante la chiara intenzione del legislatore di estendere il campo di applicazione del lavoro subordinato, la norma, invocata dai ricorrenti solo in via subordinata, non avrebbe avuto un “contenuto capace di produrre nuovi effetti giuridici sul piano della disciplina applicabile alle diverse tipologie di rapporti di lavoro”.

L’art. 2 d.lgs. 81/2015 sarebbe stato quindi una “norma apparente”, la quale si sarebbe limitata a positivizzare un pregresso indirizzo espansivo della giurisprudenza, che a sua volta non avrebbe mai distinto chiaramente tra etero-direzione ed etero-organizzazione<sup>25</sup>. Anzi, aggiungeva il Giudice piemontese, la disposizione in parola presupponeva che “il lavoratore [fosse] pur sempre sottoposto al potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro e non [era] sufficiente che tale potere si estrinsec[asse] soltanto con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro perché d[oveva] al contrario riguardare anche i tempi e il luogo di lavoro”: sicché, “così come è stata formulata, la norma v[eniva] quindi ad avere addirittura un ambito di applicazione più ristretto di quello dell’art. 2094 c.c.”.

La Corte d’Appello di Torino ha, come risaputo, disatteso l’interpretazione dell’art. 2 d.lgs. 81/2015 quale “norma apparente” offerta dal Giudice di primo grado.

Secondo il Giudice di seconde cure, la disposizione «individua[va] un terzo genere, che si [veniva] a porre tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all’art. 2094 c.c. e la collaborazione come prevista dall’art. 409, n. 3 c.p.c., evidentemente per garantire una maggiore tutela alle nuove fattispecie di lavoro che, a seguito della evoluzione e della relativa introduzione sempre più accelerata delle nuove tecnologie, si stanno sviluppando».

Il lavoro etero-organizzato avrebbe riguardato le ipotesi in cui sarebbe «ravvisabile un’effettiva integrazione funzionale del lavoratore nella organizzazione produttiva del committente, in modo tale che la prestazione lavorativa [avrebbe finito] con l’essere strutturalmente legata a questa

---

<sup>24</sup> Si tratta, come ampiamente noto, di una disposizione oltremodo controversa la quale, nella sua versione originaria, prevedeva l’applicazione della “disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”. Per una sintesi delle diverse posizioni emerse nella copiosa letteratura sull’art. 2 d.lgs. 81/2015, v. M. Biasi, *Dai pony express*, cit., 77 ss.

<sup>25</sup> V., in dottrina, P. Tosi, *L’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 6, 1127; cfr. C. Pisani, *Le collaborazioni coordinate e continuative a rischio estinzione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, I, 49; P. Albi, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra autonomia e subordinazione*, in *Labor*, 2019, 2, 128; F. Carinci, *La subordinazione rivisitata alla luce dell’ultima legislazione: dalla “subordinazione” alle “subordinazioni”?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 4/5, 968; O. Mazzotta, *Lo strano caso delle «collaborazioni organizzate dal committente»*, in *Labor*, 2016, 1-2, 10, il quale nota che “nel diritto positivo (art. 29 del d.lgs. 276 del 2003) il discrimine fra appalto (lecito) ed interposizione (illecita) corre proprio lungo il crinale dell’esercizio del «potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell’appalto», con un’endiadi largamente espressiva dell’impossibilità di distillare più o meno sottili distinzioni tra i due concetti”.

(l'organizzazione)», esattamente come nel caso dei *riders* (di causa), i contorni della cui attività venivano definiti dalla piattaforma che fissava i turni (“*shifts*”) ed il luogo di inizio e termine del servizio di consegna<sup>26</sup>. Il lavoratore etero-organizzato sarebbe rimasto, tecnicamente, “autonomo”, ma per quel che riguarda sicurezza e igiene, retribuzione diretta e differita (quindi inquadramento professionale), limiti di orario, ferie e previdenza, il rapporto sarebbe stato regolato nello stesso modo» del lavoro subordinato<sup>27</sup>. A diverse conclusioni è peraltro giunto il Collegio piemontese con riguardo alla tutela nei confronti del licenziamento, negata ai *riders* sulla scorta della natura temporanea della relativa prestazione e della conseguente assenza di un atto interruttivo del rapporto (i.e. recesso) da parte della piattaforma<sup>28</sup>.

A prescindere dal fugace e non decisivo – per quanto dubbio: v. *infra* – richiamo al *tertium genus*<sup>29</sup>, è stato messo in evidenza da più parti che risulterebbe assai complesso “organizzare” il tempo ed il luogo di un’attività lavorativa senza, al contempo, esercitare il potere direttivo sulla medesima prestazione<sup>30</sup>.

Del resto, sulla scorta di un’accreditata ricostruzione, il lavoratore subordinato è proprio “un debitore la cui prestazione viene organizzata, pianificata dalla controparte nel perseguimento del proprio interesse primario”<sup>31</sup>: sicché, una volta accertata l’integrazione (e non il mero inserimento) funzionale del lavoratore nell’organizzazione produttiva”, la conseguenza avrebbe

---

<sup>26</sup> A. Perulli, *The Notion of “Employee” in Need of Redefinition*, EU Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, European Centre of Expertise (ECE), April 2017, 8, ad avviso del quale l’art. 2 d.lgs. 81/2015 sarebbe “usefully applied to digital platform workers that...do not necessarily offer their services under a directional power in traditional sense, but they are anyway under the organization of the platform”.

<sup>27</sup> Cfr. TAR Lazio 6 aprile 2018, in *ilgiuslavorista*, 4 luglio 2018, con nota di M. Lanotte, *Prime interpretazioni giurisprudenziali sulla disciplina delle collaborazioni “etero-organizzate” e libertà datoriale di scelta del tipo contrattuale*; cfr. Trib. Cuneo 13 dicembre 2017, in *Banca Dati DeJure*; Trib. Milano 31 maggio 2018, in *Banca Dati DeJure*, ove si legge che l’art. 2, comma 1, d.lgs. 81/2015, “nell’estendere l’ambito oggettivo di applicazione della disciplina legale prevista per il rapporto di lavoro subordinato alle collaborazioni partecipative dei caratteri indicate dalla legge, non muta la natura giuridica dei rapporti ivi considerati che è – e resta – quella della collaborazione autonoma, per quanto caratterizzata dalla personalità, continuità ed etero-organizzazione della prestazione”.

<sup>28</sup> Cfr. i dubbi sul punto espressi da C. Lazzari, *Alla ricerca di tutele per i gig-workers, fra supplenza giurisprudenziale, regolazione sociale e tentativi di normazione eteronoma*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2019, 3, 518; P. Tullini, [Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?](#), in *Lav. Dir. Eur.*, 2019, 1, 6.

<sup>29</sup> R. Cosio, [Il caso Foodora tra giudici e legge](#), in *Lav. Dir. Eur.*, 2019, 3, 7, e ivi ulteriori riferimenti.

<sup>30</sup> G. Santoro Passarelli, *Sul nomen juris e le possibili tutele del rapporto di lavoro dei riders*, in *giustiziacivile.com*, 30 aprile 2019; cfr. Cass. 10 luglio 1991, n. 7608 (in tema di qualificazione della prestazione di un pony express): “l’attività del collaboratore coordinato e continuativo può essere funzionalmente collegata al ciclo produttivo dell’impresa, ma, laddove la prima non risulti più coordinata, bensì strutturalmente inserita nell’organizzazione, la conseguenza sarà il riconoscimento della natura subordinata della prestazione ex art. 2094 c.c.”.

<sup>31</sup> G.F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, 23. Sul ruolo dell’inserimento funzionale della prestazione lavorativa subordinata nell’organizzazione dell’impresa, M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966; Id., *Considerazioni sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, 455 ss.; M. Marazza, *Saggio sull’organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002, 43 ss.; cfr. anche M. Napoli, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, II, 1995, 1130 (“il potere direttivo coincide con il potere di determinare dinamicamente il funzionamento dell’organizzazione di lavoro”); L. Nogler, *Contratto di lavoro e organizzazione al tempo del post-fordismo*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, 4/5, 896 ss.

potuto (anzi, dovuto) essere a rigore il riconoscimento della natura subordinata del rapporto ai sensi dell’art. 2094 c.c.<sup>32</sup> e non l’applicazione – selettiva – delle tutele *ex art.* 2 d.lgs. 81/2015<sup>33</sup>.

È sintomatico che il Tribunale di Milano, pur accogliendo la lettura dell’art. 2 d.lgs. 81/2015 come norma di disciplina, ha utilizzato lo stesso argomento (la libertà dei *riders* di accettare o meno gli incarichi) per escludere l’inquadramento delle prestazioni dei *riders* di Glovo nell’alveo del lavoro subordinato e l’applicabilità delle tutele del lavoro etero-organizzato *ex art.* 2 d.lgs. 81/2015, a conferma della complessità nel tracciare – anche all’indomani della modifica dell’art. 2 d.lgs. 81/2015 da parte del d.l. 101/2019, conv. in l. 128/2019: v. *infra* – una linea di demarcazione tra etero-direzione ed etero-organizzazione.

### **La strategia processuale delle parti e l’oggetto del giudizio di legittimità.**

Prima di ripercorrere l’iter logico-argomentativo della decisione della Suprema Corte, va premesso che avverso la pronuncia della Corte d’Appello di Torino ha proposto ricorso per Cassazione la sola Foodora.

I lavoratori non hanno infatti presentato alcun ricorso incidentale al fine di ottenere la riforma della decisione della Corte d’Appello in punto di esclusione della natura subordinata del rapporto, o anche solo per richiedere la riforma della statuizione del Giudice di secondo grado che aveva loro negato la garanzia nei confronti del licenziamento.

Da un lato, la – naturalmente, libera – scelta concernente la strategia processuale di parte lavoratrice è sembrata offrire un ulteriore sostegno alla tesi di chi già in precedenza aveva osservato che al centro delle rivendicazioni dei *riders*, non solo italiani<sup>34</sup>, vi fosse un “nucleo duro”

---

<sup>32</sup> Non a caso, proprio sulla scorta della completa integrazione dell’attività lavorativa del *rider* nell’organizzazione datoriale – un indice assai rilevante, se non decisivo, ai fini dell’inquadramento nell’alveo della subordinazione anche nell’esperienza comparata (O. Razzolini, *The Need to Go Beyond the contract: “Economic” and “Bureaucratic” Dependence in Personal Work Relations*, in *Comp. Lab. Law & Pol. Journ.*, 2010, 31, 282 ss.; G. Davidov, M. Freedland, N. Kountouris, *The Subjects of Labor Law: ‘Employees’ and Other Workers*, in M. W. Finkin, G. Mundlak (a cura di), *Comparative Labor Law*, Cheltenham, 2015, 119; v. anche § 611a del BGB (ove, con una modifica apportata nel 2017, si è precisato che “deve considerarsi soggetto al potere direttivo chi non può organizzare in modo sostanzialmente autonomo la propria prestazione, né determinare i propri tempi di lavoro”: B. Waas, *The concept of “Employee”: The Position in Germany*, in B. Waas, G. Heerma van Voss, *Restatement of Labour Law in Europe*, I, *The Concept of Employee*, Portland, 2017, 251), una pronuncia australiana (Klooger v. Foodora Australia Pty Ltd 16 Novembre 2018, (2018) FWC 6836), cui sono succeduti plurimi arresti delle Corti spagnole e francesi (Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) 27 novembre 2019, Glovo; Juzgado de lo Social núm. 3 Barcelona, 18 Novembre 2019, Glovo; Cour d’appel de Paris, 10 gennaio 2019, Uber), ha riconosciuto la natura subordinata delle prestazioni di causa.

<sup>33</sup> In termini di “eterogenesi dei fini”, per effetto dell’interpretazione dell’art. 2 d.lgs. 81/2015 offerta da App. Torino 4 febbraio 2019, B. Caruso, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilaastro sociale: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, 4, 1032; cfr. [R. De Luca Tamajo, La Sentenza della Corte d’Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione](#), in *Law. Dir. Eur.*, 1, 2019, 7-8; M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *Labour & Law Issues*, 2019, 5, 2, 14, che valorizza il requisito della “doppia alienità” enucleato nella nota Corte cost. 12 febbraio 1996, n. 30.

<sup>34</sup> Cfr. V.B. Dubal, *Winning the Battle, Losing the War?: Assessing the Impact of Misclassification Litigation on Workers in the Gig Economy*, in *Wisconsin Law Review*, 2017, 739, secondo cui la riqualificazione potrebbe in certi casi risolversi per i lavoratori in una sorta di “vittoria di Pirro”.

di garanzie legate alla fase funzionale del rapporto e non (o non necessariamente) la tutela della stabilità dello stesso nel tempo<sup>35</sup>.

Dall'altro lato, la mancata impugnazione del capo relativo alla domanda *ex art.* 2094 c.c. ha comportato il passaggio in giudicato della relativa statuizione, sicché l'esito della pronuncia di legittimità avrebbe potuto essere unicamente in favore, alternativamente, della conferma della decisione di appello in punto di applicazione dell'art. 2 d.lgs. 81/2015 o, in accoglimento del ricorso di Foodora, della cassazione della pronuncia di seconde cure, con la conseguente conferma del dato cartolare che da principio aveva inquadrato il rapporto nell'alveo del lavoro autonomo.

### **La *ratio* antielusiva e la funzione rimediabile dell'art. 2 d.lgs. 81/2015 nella lettura della Cassazione**

Nel ricorrere al Giudice di legittimità, la società contestava la riconduzione delle prestazioni di causa all'art. 2 d.lgs. 81/2015, sostenendo che la etero-organizzazione costituirebbe un tratto tipico della subordinazione, da cui sarebbe discesa la natura di norma apparente dell'art. 2 d.lgs. 81/2015, in quanto tale inidonea a produrre effetti giuridici. Anzi, nel richiedere che le modalità di esecuzione fossero organizzate "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro", la disposizione in parola avrebbe richiesto "una ingerenza più pregnante nello svolgimento della collaborazione, eccedente tale etero-determinazione".

Nel rigettare la doglianza di Foodora, la Corte, che si pronuncia sulla versione dell'art. 2 d.lgs. 81/2015 precedente alle modifiche ad opera del d.l. 3 settembre 2019, n. 101 (conv. con l. 2 novembre 2019, n. 128), si dichiara immediatamente a conoscenza del "vivace dibattito dottrinale" sulla disposizione in parola, il quale "non si è esaurito" e, anzi, "certamente proseguirà alla luce delle novità portate dal recente intervento normativo".

Già a partire dalla ricostruzione delle posizioni emerse in letteratura, gli Ermellini paiono tuttavia concentrarsi, prima che sull'art. 2 d.lgs. 81/2015<sup>36</sup>, sulla più specifica questione della qualificazione delle prestazioni rese dai lavoratori delle piattaforme, secondo le seguenti alternative: a) lavoro subordinato, "sia pure in versione ammodernata ed evoluta"; b) "nuova figura intermedia tra subordinazione e autonomia, che sarebbe caratterizzata dall'etero-organizzazione...(teoria del *tertium genus* o del lavoro etero-organizzato"); c) lavoro autonomo,

---

<sup>35</sup> V., per i riferimenti, M. Biasi, "We Will All Laugh at Gilded Butterflies". *The Shadow of Antitrust Law on the Collective Negotiation of Fair Fees for Self-Employed Workers*, in *Eur. Lab. Law Journ.*, 2018, 9, 4, 355.

<sup>36</sup> V. *retro*.

“nell’ambito di una nozione ampia di subordinazione”; d) “applicazione di una tutela rafforzata nei confronti di alcune tipologie di lavoratori (quali quelli delle piattaforme digitali considerati “deboli”), cui estendere le tutele dei lavoratori subordinati”, secondo un “approccio rimediale, che rinviene in alcuni indicatori normativi tale possibilità”.

Secondo la Corte, il Giudice d’Appello avrebbero seguito la via *sub b)*, oltretutto optando per un’applicazione selettiva delle disposizioni approntate per il lavoro subordinato.

Eppure, come precisa poco dopo la Cassazione, non proponendo alcun ricorso incidentale, i lavoratori hanno rinunciato ad ottenere il “riconoscimento nella fattispecie di veri e propri rapporti di lavoro subordinato”.

A prescindere da tale – tutt’altro che trascurabile – rilievo, la Suprema Corte subito disattende la tesi, definita “radicale”, della norma apparente, osservando che “i concetti giuridici, in specie se direttamente promananti dalle norme, sono convenzionali, per cui se il legislatore ne introduce di nuovi l’interprete non può che aggiornare l’esegesi a partire da essi, sforzandosi di dare alle norme un senso”<sup>37</sup>.

Proprio allo scopo di attribuire un senso e, soprattutto, un effetto all’art. 2 d.lgs. 81/2015, la Corte ricorre ad un canone di interpretazione teleologico/sistematico, guardando alla “finalità complessiva degli interventi del *Jobs Act*, costituita dall’auspicato incremento dell’occupazione, perseguita attraverso la promozione del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato”<sup>38</sup>.

È in una simile prospettiva che, ad avviso del Giudice di legittimità, il legislatore avrebbe abrogato le disposizioni in materia di lavoro a progetto, al contempo consentendo però la stipulazione di collaborazioni coordinate e continuative *ex art. 409 n. 3 c.p.c.*: dato che la sottrazione delle tutele (del lavoro a progetto) avrebbe esposto al rischio di abusi, il legislatore si sarebbe orientato, in un’ottica sostanzialmente anti-elusiva, a limitare le conseguenze negative dell’intervento complessivo attraverso “l’applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato a forme di collaborazione, continuativa e personale, realizzate con l’ingerenza funzionale dell’organizzazione predisposta unilateralmente da chi commissiona la prestazione”<sup>39</sup>.

Si potrebbe sul punto obiettare che, forse, un disegno antielusivo non avrebbe reso necessario

---

<sup>37</sup> V., in termini, R. Del Punta, *Sui riders e non solo*, cit., 359.

<sup>38</sup> Cfr. M. Del Conte, *Premesse e prospettive del Jobs Act*, in *DRI*, 2015, 4, 955: «l’estensione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni etero-organizzate è la risposta del legislatore italiano del 2015 al problema della debolezza contrattuale dei collaboratori privi di una reale autonomia organizzativa della propria attività».

<sup>39</sup> Sulla funzione antielusiva dell’art. 2, comma 1, d.lgs. 81/2015, v., in dottrina, G. Santoro Passarelli, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2020, 411, 3.

l'intervento dell'art. 2 d.lgs. 81/2015, posto che, laddove in sede giudiziaria fosse emerso, (anche) nei riguardi del lavoro su piattaforma, che il contratto di lavoro autonomo aveva “mascherato” un rapporto di natura subordinata, la conseguenza non avrebbe potuto che essere la riqualificazione e, a cascata, l'attribuzione al lavoratore delle tutele caratteristiche del relativo tipo, come del resto inizialmente richiesto dai lavoratori *de quibus* in via principale.

Nulla di nuovo, sotto questo aspetto, se non, evidentemente, nella complessità, emersa nel corso dei gradi precedenti, dell'accertamento – va ribadito, precluso al Giudice di legittimità, che non avrebbe comunque potuto qualificare il rapporto come subordinato – del meccanismo di funzionamento della piattaforma e, di conseguenza, del reale assetto di obblighi, diritti e poteri delle parti coinvolte<sup>40</sup>.

Per questa ragione, il passaggio chiave dell'iter logico-argomentativo della pronuncia della Cassazione è quello immediatamente successivo, ove si legge che il legislatore avrebbe abbracciato una dimensione, non solo anti-elusiva, ma anche (e soprattutto) rimediale, nello stabilire che “quando l'etero-organizzazione è marcata al punto da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente, si impone una protezione equivalente e, quindi, il rimedio dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato”.

La *ratio* dell'intervento si legherebbe, insomma, ad una sfiducia nei confronti non già delle categorie tradizionali (subordinazione e autonomia), bensì (del metodo deduttivo classico e) degli “esiti talvolta incerti e variabili delle controversie qualificatorie *ex art. 2094 cod.civ.*”, il che avrebbe indotto il legislatore (e, di conseguenza, il Giudice) a valorizzare “taluni indici fattuali ritenuti significativi...e sufficienti a giustificare l'applicazione della disciplina dettata per il rapporto di lavoro subordinato”.

Così, attraverso una “norma-scivolo” (per dirla con Riccardo Del Punta<sup>41</sup>), il legislatore avrebbe esonerato il giudice da ogni (ulteriore) indagine, tutelando i “prestatori evidentemente ritenuti in condizione di debolezza economica, operanti in una zona grigia tra autonomia e subordinazione”, rispetto alla quale non avrebbe neppure “decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione, così connotate e di volta in volta offerte dalla realtà economica in rapida e costante evoluzione, siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia,

---

<sup>40</sup> D'altro canto, la Suprema Corte sembra, in un passaggio successivo, prevenire tale censura, laddove sottolinea che l'art. 2 d.lgs. 81/2015 “non vuole e non potrebbe introdurre alcuna limitazione rispetto al potere del giudice di qualificare la fattispecie riguardo all'effettivo tipo contrattuale”, trattandosi il potere di accertare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato “costituzionalmente necessario, alla luce della regola di effettività della tutela (cfr. Corte Cost. n. 115 del 1994)”.

<sup>41</sup> R. Del Punta, *Sui riders e non solo*, cit., 364, ove l'A. afferma che “il discrimen [tra subordinazione ed autonomia] è ribadito...ma a un tempo fornendo al giudice uno strumento di valutazione aggiuntivo per sospingere verso la subordinazione una situazione al limite”.

perché ciò che conta è che per esse...l’ordinamento ha statuito espressamente l’applicazione delle norme sul lavoro subordinato”<sup>42</sup>.

Si potrebbe, tuttavia, obiettare che, in un’ottica processuale, la “zona grigia” non può che assumere i tratti di una categoria descrittiva, al più utile a dar conto della notoria ed anzi “storica” complessità dell’accertamento della subordinazione nell’esperienza giudiziaria<sup>43</sup>: che all’interprete sia consentito di non “interrogarsi” più sulla riconduzione delle prestazioni collocabili in tale “campo” nell’alveo della subordinazione o dell’autonomia non sembra un risultato mirabile, come sarebbe stato invece l’adeguamento, in ossequio ad una – diversa – logica “*purposive*”<sup>44</sup>, della fattispecie tradizionale ai nuovi dati di realtà sociale<sup>45</sup>.

### **Segue. Gli incerti confini tra l’etero-organizzazione ed il coordinamento, sullo sfondo della subordinazione (come fattispecie...e come disciplina)**

Tracciati i sottili confini (o le soglie)<sup>46</sup> “superiori” tra etero-direzione ed etero-organizzazione, la Cassazione si concentra poi su quelli “inferiori” tra la seconda ed il coordinamento.

Mentre quest’ultimo implicherebbe un comune accordo tra le parti, nell’etero-organizzazione vi sarebbe la modulazione unilaterale di una collaborazione destinata ad “inserirsi ed integrarsi con l’organizzazione di impresa”.

Di conseguenza, il regime di autonomia nella “fattispecie” dell’art. 2 d.lgs. 81/2015 sarebbe “integro nella fase genetica dell’accordo (per la rilevata facoltà del lavoratore ad obbligarsi o meno alla prestazione), ma non nella fase funzionale, di esecuzione dell’accordo, relativamente alle modalità di prestazione, determinate in modo sostanziale da una piattaforma multimediale e da un applicativo per smartphone”.

Va notato sul punto come la Corte, non diversamente dalla pronuncia di appello, nell’aprire ad una visione ampia dell’etero-organizzazione (o, se vogliamo, della subordinazione come

---

<sup>42</sup> Cfr. M. Del Conte, O. Razzolini, *La gig economy*, cit., 676: “la scelta [del legislatore del 2015 e del 2017] di non intervenire sull’art. 2094 c.c. segna un metodo regolativo diverso dal tradizionale procedere per definizioni di categorie generali (subordinazione/autonomia) alle quali ricondurre effetti giuridici, in favore di un approccio direttamente orientato agli effetti, vale a dire all’applicabilità di una determinata disciplina al ricorrere di elementi della fattispecie concreta”.

<sup>43</sup> Cfr. O. Mazzotta, *L’inafferrabile etero-direzione*, cit.: “sarà questione di gusto ricostruttivo assumere – come vuole la Cassazione – che si tratti di elementi scomposti riferibili ad un ibrido che sta in una terra di mezzo tra autonomia e subordinazione ovvero che si tratti né più né meno che dell’emersione a livello normativo degli elementi caratteristici della subordinazione”.

<sup>44</sup> Cfr. M. Dallacasa, *Rileggendo Massimo D’Antona alla luce della giurisprudenza europea su subordinazione e autonomia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2019, I, 397 ss.; cfr. Id., *L’interpretazione teleologica della norma tra ordinamento britannico e italiano: tentativi di “cross fertilization”*, in *Labor*, 2018, 6, 643 ss.

<sup>45</sup> Cfr. A. Perulli, *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”*, cit., 5.

<sup>46</sup> L’espressione è di A. Perulli, *La nuova definizione di collaborazione organizzata*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2019, IV, 4, 1166; cfr., in precedenza, Id., *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve*, cit., 45.

disciplina), abbia inevitabilmente offerto una lettura piuttosto restrittiva della etero-direzione (i.e. subordinazione come fattispecie), cui si sarebbe viceversa potuto (ma non, come più volte ribadito, nel giudizio *de quo*) ricondurre un rapporto di lavoro le cui modalità esecutive fossero risultate “determinate in modo sostanziale” dall’altro contraente (piattaforma o altro).

Non a caso, lo stesso Giudice di legittimità afferma poco dopo che non potrebbe neppure negarsi che, a fronte di una specifica domanda *ex art. 2094 c.c.*, si sarebbe eventualmente potuto accertare in concreto la sussistenza di una vera e propria subordinazione (“nella specie esclusa da entrambi i gradi di merito con statuizione non impugnata dai lavoratori”), il che avrebbero negato ad origine alcun problema di disciplina (in)compatibile.

Ed è così che, pur escludendo che si possa inquadrare l’etero-organizzazione in un *tertium genus* e così selezionare, in assenza di un’espressa indicazione del legislatore, le tutele applicabili *ex post* e sulla base della “variabile interpretazione dei giudici”, la Corte giunge al contempo ad ammettere – sin troppo sbrigativamente – che vi possono essere “situazioni in cui l’applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia *ontologicamente incompatibile* con la fattispecie da regolare”<sup>47</sup>.

### **Segue. La delicatissima questione dei diritti “ontologicamente” incompatibili con un rapporto di lavoro autonomo.**

Dietro il lapidario richiamo della Corte all’ontologica incompatibilità integrale della disciplina della subordinazione con la “fattispecie” della etero-organizzazione, oltretutto di scarsa coerenza con l’affermata finalità antielusiva alla base della disposizione (la quale dovrebbe imporre, a rigore, l’applicazione integrale e non parziale delle tutele)<sup>48</sup>, si sarebbe tentati di scorgere un rinvio alle regole che pongono delle limitazioni all’esercizio dei poteri i quali, nel presupporre un rapporto di lavoro subordinato, risultano incompatibili con l’autonomia<sup>49</sup>.

Si pensi, a mo’ di esempio, all’esercizio del potere disciplinare, prerogativa del datore di lavoro nell’ambito di un rapporto subordinato: ove il committente di un rapporto di lavoro caratterizzato da un grado significativo di inserimento nell’organizzazione rilevasse un inadempimento del collaboratore, si troverebbe di fronte all’amletico dubbio tra l’esperimento del procedimento disciplinare, che potrebbe offrire un possibile “indizio” utile ai fini della qualificazione del

---

<sup>47</sup> Cfr. A. Perulli, *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT, 2020, 410, 17, il quale evidenzia la contraddittorietà di tale passaggio della pronuncia della Corte, la quale aveva in precedenza rilevato come il disegno del legislatore fosse quello di assicurare al lavoratore etero-organizzato la “stessa protezione di cui gode il lavoratore subordinato”.

<sup>48</sup> Cfr. C.A. Nicolini, *Riders. Tra legge e sentenze si va verso il lavoro subordinato*, in [www.ilsussidiario.net](http://www.ilsussidiario.net), 26 gennaio 2020.

<sup>49</sup> Cfr., con riferimento alla posizione previdenziale, M. Persiani, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 6, 1256 ss.

rapporto (come subordinato), e l’attesa dell’eventuale azione del lavoratore *ex art.* 2 d.lgs. 81/2015, che potrebbe travolgere una sanzione – in senso lato – irrogata in spregio del diritto al contraddittorio garantito ai lavoratori (subordinati) dall’art. 7 s.l.

A considerazioni analoghe si potrebbe peraltro pervenire con riguardo al potere di recesso, il cui valido esercizio richiede, nel lavoro subordinato, la presenza dei presupposti esterni previsti dalla legge, la cui carenza impone di individuare la tutela sulla base di una serie di fattori legati, come noto, tanto alle dimensioni dell’impresa, quanto allo specifico vizio dell’atto. Come e se *tale* – e non, genericamente, l’apposizione di alcuni limiti all’esercizio del diritto di recesso, come ad esempio l’obbligo di preavviso – disciplina protettiva si possa *in toto* estendere al lavoro – autonomo – etero-organizzato o se sia “ontologicamente” incompatibile con lo stesso non pare chiaro sulla scorta della lettura dell’art. 2 d.lgs. 81/2015 in chiave rimediale proposta dal Giudice di legittimità<sup>50</sup>.

È proprio guardando agli effetti (anche della pronuncia di legittimità) che si è portati ad escludere che sia stata travolta la tradizionale dicotomia – “concettualmente radicale”, se non addirittura “*in rerum natura*”<sup>51</sup> – tra subordinazione ed autonomia<sup>52</sup>, confermata dal riconoscimento *ex lege*, in (temporale) coincidenza con le “fasi finali” del caso Foodora, di alcuni specifici diritti a favore dei *riders* (autonomi e non etero-organizzati) attraverso il d.l. 101/2019 (conv. in l. 128/2019)<sup>53</sup>.

Del resto, il meccanismo “rimediale” di cui all’art. 2 d.lgs. 81/2015 sarebbe in ogni caso destinato ad operare *ex post*, ossia per effetto di una pronuncia giudiziaria, e non *ex ante*, per una volontaria scelta delle parti. Queste, infatti, si troveranno “come sempre” ad optare inizialmente per l’inquadramento nell’alveo del lavoro subordinato o, alternativamente, autonomo (eventualmente nella forma coordinata e continuativa), salvi i rischi, in particolare per il committente, di

---

<sup>50</sup> Cfr., in tema, L. Di Paola, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni ex art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015, comprende anche quella sui licenziamenti?*, in *ilgiuslavorista*, 2 marzo 2020.

<sup>51</sup> L. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro* (2000), in M. Napoli (a cura di), *Il contratto di lavoro*, Vita & Pensiero, Milano, 2008, 115, che sul punto rimarca come solo la subordinazione ponga “un problema specifico di tutela dei lavoratori, all’interno delle unità produttive, nei confronti del potere organizzativo e direttivo dell’imprenditore”.

<sup>52</sup> Cfr. F. Meiffret, *Riders: per la Cassazione si applica la disciplina del lavoro subordinato ma il loro rapporto non costituisce un “tertium genus”*, in *ilgiuslavorista*, 11 febbraio 2020.

<sup>53</sup> G. Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori e dell’occupazione*, 7a ed., Giappichelli, Torino, 2020, 539 ss.; D. Garofalo, *La prima disciplina del lavoro su piattaforma digitale*, in *Law. Giur.*, 2020, 1, 5 ss.; E. Ales, *Oggetto, modalità di esecuzione e tutele del “nuovo” lavoro autonomo. Un primo commento*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2019, 4, 717 ss.; F. Capponi, *Lavoro tramite piattaforma digitale: prima lettura del d.l. n. 101/2019 convertito in l. n. 128/2019*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, 4, 1231 ss.; R. Rivero, *Cambiare si può. Nuovi diritti per i collaboratori*, in *Quest. Giust.*, 15 novembre 2019; E. Raimondi, *Il lavoro nelle piattaforme*, cit., 84 ss.; G. Cavallini, *La “carica” del decreto 101. Le nuove regole per la gig economy mettono alla prova le piattaforme di food delivery (e non solo)*, in *Sintesi*, 2019, 11, 8 ss.; V. Martino, [La riforma delle collaborazioni etero-organizzate e le nuove tutele per i riders](#), in *Law. Dir. Eur.*, 2019, 3, 1 ss.; sul decreto, E. Dagnino, *Note tecnico-giuridiche al decreto-legge 3 settembre 2019, n. 101, e i prevedibili impatti sul settore del delivery*, in *WP Adapt*, 2019, 4.

un'estensione delle tutele proprie del lavoro subordinato (e/o, naturalmente, della riqualificazione *tout court* del rapporto) per effetto di una successiva iniziativa del lavoratore in sede giudiziaria. Proprio per questo, all'indomani dell'arresto della Cassazione pare potersi preconizzare che l'art. 2 d.lgs. 81/2015 verrà d'ora in poi – sempre salvi eventuali ripensamenti della giurisprudenza...o del legislatore: v. *infra* – invocato in larga parte delle vertenze in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro, ma è altrettanto probabile che ciò avverrà in via gradata, a meno che i lavoratori non siano unicamente interessati al corredo di diritti – ma quali, appunto? – compatibili con una prestazione di lavoro formalmente autonomo.

## Conclusioni

Come si è cercato di mettere in evidenza, la grande dicotomia tra lavoro subordinato ed autonomo non sembra essere stata scalfita dall'interpretazione dell'art. 2 d.lgs. 81/2015 in chiave rimediata proposta dalla Suprema Corte.

Del resto, la sfiducia del legislatore, alla base, nell'ottica della Corte, dell'introduzione dell'art. 2 d.lgs. 81/2015, non pare essersi indirizzata sulla fattispecie, bensì sugli esiti incerti dell'operazione qualificatoria. Ciò è piuttosto sorprendente, visto il soggetto da cui la critica proviene, ma, alla luce dell'approccio rimediata – se non casistico – abbracciato dai Giudici di Piazza Cavour, può trovare spiegazione nella complessità di giungere, nell'ambito della singola vicenda, ad un quadro chiaro circa l'operatività del sistema logaritmico di assegnazione degli incarichi, probabilmente decisivo ai fini dell'eventuale qualificazione delle prestazioni dei *riders* entro l'alveo della subordinazione (comunque preclusa alla Cassazione)<sup>54</sup>.

Eppure, il risultato del *purposive approach* della Cassazione, dietro un'apparente semplificazione, si rivela foriero di notevoli criticità e dubbi, che si legano *in primis* alla “ontologica” incompatibilità di alcune tutele del lavoro subordinato con il lavoro autonomo. Così interpretata, la disposizione dell'art. 2 d.lgs. 81/2015 sembra non tanto esaurirsi nel caso deciso, quanto non offrire una regola (i.e. una soluzione) chiara per il caso stesso (a prescindere dalla circostanza che ormai Foodora non operi materialmente più in Italia). In difetto della capacità ordinante della fattispecie, l'approccio rimediata pare così assumere i tratti di uno “scivolo” verso l'incertezza<sup>55</sup> –

---

<sup>54</sup> Cfr. G. Santoro Passarelli, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme*, cit., 10, che osserva come dalla motivazione della sentenza n. 1663/2020 si possa desumere quale sarebbe stato il responso della Corte se la difesa dei *riders* avesse presentato il controricorso.

<sup>55</sup> Mentre, come ricorda E. Puccetti, *L'etero-organizzazione dei riders oltre la frammentazione e destrutturazione spazio-temporale della prestazione*, in corso di pubblicazione in *Arg. Dir. Lav.*, 2020, 2, la certezza (e la calcolabilità) del diritto era uno degli obiettivi perseguiti dal *Jobs Act*, nel cui ambito si colloca lo stesso art. 2 d.lgs. 81/2015.

concernente, paradossalmente, proprio le tutele concretamente applicabili ai *riders de quibus* – prima che verso la subordinazione (o la relativa disciplina)<sup>56</sup>.

A fronte di un quadro tanto frastagliato, si potrebbe da ultimo pensare, per puntellare la *pars destruens* con una *pars construens*, a due correttivi di diverso segno.

Se si intendesse perseguire nuovamente un approccio selettivo, sarebbe opportuno intervenire sulla costruzione della disposizione mediante la quale si è inteso estendere le tutele dei lavoratori subordinati oltre l'alveo dell'art. 2094 c.c.: in una simile prospettiva, sarebbe auspicabile, sulla scia dell'esempio dei *workers* britannici, prendere un'espressa posizione circa i diritti – ragionando *in primis* su quelli, aventi un addentellato costituzionale, come la retribuzione (art. 36), l'orario, i riposi e le ferie (art. 37), suscettibili di costituire l'oggetto di una posizione giuridica di debito/credito – e non solo sulle caratteristiche dei lavoratori cui riconoscere le guarentigie. Costoro non potranno coincidere con i prestatori integrati funzionalmente nell'organizzazione del committente né con coloro le cui modalità della prestazione vengano “determinate” dalla piattaforma (cfr., invece, art. 47-bis, comma 2, d.lgs. 81/2015), poiché, altrimenti, lo “scivolo” non potrà che condurre verso la subordinazione come “tipo” e come disciplina protettiva *inderogabile*.

In alternativa, se si prediligesse la via della “neo-polarizzazione”<sup>57</sup>, ci si potrebbe orientare verso la cancellazione dell'art. 2 (e del capo V-bis del) d.lgs. 81/2015, optando per l'introduzione di uno statuto del lavoro autonomo più coraggioso di quello varato nel 2017 che, in nome dell'universalità del bisogno di tutela della persona che lavora, varchi i confini (urbani e non) della *gig economy*, senza per ciò travolgere, ma, piuttosto, aggiornando o, meglio, adeguando il tradizionale schema binario (ed i relativi criteri di accertamento in sede processuale) alla nuova realtà economico/sociale. Del resto, è proprio per questo che il diritto del lavoro, al pari della sua *facti species*<sup>58</sup> di riferimento, è – da sempre e, forse, ontologicamente – in crisi, da intendersi nell'accezione più vicina alla radice etimologica del termine.

---

<sup>56</sup> Cfr. G. D'Amico, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Ars Interpretandi*, 2019, 1, 49 ss., spec. 66, oltre naturalmente a N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, *passim*.

<sup>57</sup> Mutuando il lessico di A. Perulli, *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”*, cit., 26 ss.

<sup>58</sup> N. Irti, *La necessità logica della fattispecie*, in *Ars Interpretandi*, 2019, 1, 147.