

**Numero 2 / 2022**

**Federico Avanzi**

**Appalto “genuino” e onere probatorio**

*Riflessioni e aspetti critici dell’articolo 29 D.Lgs. 276/2003, fra  
produzione del contratto di esternalizzazione e nozione di  
“subordinazione”.*

.

# Appalto “genuino” e onere probatorio

## *Riflessioni e aspetti critici dell’articolo 29 D.Lgs. 276/2003, fra produzione del contratto di esternalizzazione e nozione di “subordinazione”.*

Federico Avanzi  
*Consulente del lavoro*

### 1. Premessa

Rispetto al passato, è indubbio come il concetto di “irregolarità” abbia assunto connotati ben più articolati e perseguito dinamiche più “ragionate” - con evidente intento fraudolento - rispetto al semplice “lavoro nero”<sup>1</sup>.

In particolare, le evidenze dal nostro sistema produttivo restituiscono una realtà fattuale ove il “mezzo” del *dumping* retributivo/contributivo, al “fine” di un maggior - ingiusto - profitto, si concretizza mediante sempre più diffusi<sup>2</sup> quanto sofisticati meccanismi di «dissoluzione delle combinazioni negoziali poste in essere attraverso l’intermediazione vietata e la sostituzione dell’imprenditore beneficiario, [utilizzatore effettivo della prestazione,] all’intermediario, [datore di lavoro formale]»<sup>3</sup>.

Di qui, la necessità di un assetto legislativo “bilanciato”, punto di approdo di un formante legislativo<sup>4</sup> che, nel tentativo di conciliare le “traiettorie” intercorrenti fra organizzazione

---

<sup>1</sup> Nella sua definizione *ex art. 3 c. 3 D.L. 112/2002*, l’«impiego di lavoratori subordinati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro privato».

<sup>2</sup> Su “dimensioni” e “articolazioni” del fenomeno, si rimanda a *Rapporto annuale delle attività di tutela e vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale*, INL - Anno 2020, p. 29 e ss..

<sup>3</sup> Cass. 12 settembre 2018, n. 22179, Ragioni della decisione, *sub* 15.

<sup>4</sup> In ottica ricognitiva, come bene evidenziato da Cass., sez. un., 7 febbraio 2018, n. 2990, Ragioni della decisione, *sub* 6: «va, preliminarmente, ricordato che la fattispecie in esame dell’interposizione di manodopera e’ regolata dal Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276, articolo 29 (come modificato dalla L. 27 dicembre 2006, n. 296, articolo 1, comma 911). Il richiamato decreto legislativo, pur nella ridefinizione dei confini del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro - che, originariamente previsto *ex articolo 2127 c.c.*, soltanto per i lavori a

aziendale e necessità della prestazione individuale, da un lato e fra organizzazione aziendale e "mercato"<sup>5</sup>, dall'altro, per un verso, ribadisce e fa proprio un divieto generale di intermediazione<sup>6</sup>, per altro, tipizza e riconosce, in rapporto di "regola eccezione", legittime forme di «dissociazione fra titolare e utilizzatore del rapporto lavorativo, con una consequenziale disarticolazione e regolamentazione tra i due degli obblighi correlati alla prestazione lavorativa»<sup>7</sup>.

Il fulcro del sistema, approntato al fine di «evitare il rischio che i meccanismi di decentramento e di dissociazione [...] vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale»<sup>8</sup>, è rappresentato dall'articolo 29 del D.Lgs. 276 del 2003, il quale definisce una fattispecie complessa, «caratterizzata dalla presenza di un primo rapporto fra colui che conferisce l'incarico ed usufruisce in concreto delle prestazioni del lavoratore (appaltante, committente o interponente) e colui che riceve l'incarico e retribuisce il lavoratore (appaltatore, intermediario o interposto) e di un secondo rapporto fra l'intermediario ed il lavoratore»<sup>9</sup>, sviluppata nel solco di due principali direttrici.

Da una parte e come centro nevralgico del predicato sistema<sup>10</sup>, disciplinando la responsabilità solidale dei soggetti coinvolti nell'esternalizzazione - ancorché questa legittimamente costituita ed eseguita - rispetto alle obbligazioni tipiche<sup>11</sup> scaturenti dai rapporti coinvolti dall'attuazione del contratto di appalto, inteso nella sua accezione più ampia<sup>12</sup> (comma 2).

Dall'altra e per quel che più rileva al presente contributo, positivizza la declinazione "lavoristica" dell'appalto "genuino" (art. 1655 c.c.), sublimando gli elementi costitutivi la

---

cottimo, era stato poi esteso ad ogni attività di lavoro subordinato dalla L. 23 ottobre 1960, n. 1369, articolo 1 (poi abrogata dal Decreto Legislativo n. 276 del 2003, articolo 85, comma 1, lettera c)) - ha ribadito la sostanza del divieto di intermediazione e di interposizione nelle prestazioni di lavoro, dettando la disciplina degli strumenti leciti all'interno della vicenda interpositoria (appalti, somministrazione, distacco), nonché quella sanzionatoria nelle ipotesi di somministrazione irregolare e appalto non genuino».

<sup>5</sup> Sul bilanciamento tra i diversi interessi contrapposti, proprio la "originale" pronuncia Cass. 18 novembre 2019, n. 29889, Ragioni della decisione, *sub* 10, oggetto di particolare attenzione nel contributo (§ 4).

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Cass. 12 settembre 2018 cit., *sub* 16.

<sup>8</sup> Sui limiti del sistema di responsabilità solidale *ex* art. 29, C. Cost. 7 novembre 2017, n. 254, Considerato in diritto, *sub* 5.

<sup>9</sup> Per analogia, rispetto all'articolo 1 L. 1369/1960, Cass. 10 novembre 2020, n. 25220, Considerato che, *sub* 18.

<sup>10</sup> In ottica di tutela, sulla differenziazione dei "sistemi" normativi, fra L. 1369/1960 e art. 29 D.Lgs. 276/2003, Corazza L., *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, WP D'Antona 93/2009.

<sup>11</sup> «trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi».

<sup>12</sup> Così come interpretata "estensivamente" da C. Cost. 7 novembre 2017 cit..

fattispecie (comma 1), in contrapposizione alla somministrazione di lavoro e disponendone, peraltro, un doppio e “parallelo”<sup>13</sup> impianto sanzionatorio.

Di tipo “civilistico”, consentendo al lavoratore di procedere alla costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore delle prestazioni, mediante la “nullità” della precedente e formalmente instaurata relazione, con esclusione di liticonsorzio necessario<sup>14</sup> (combinato disposto comma 3-*bis* e art. 27 comma 2 D.Lgs. 276/2003, oggi art. 38 D.Lgs. 81/2015).

E di natura “amministrativa”, disponendo specifiche ripercussioni economiche, calibrate sulla dimensione “quantitativa” e “qualitativa”<sup>15</sup> dell'illecito (art. 18 D.Lgs. 276/2003).

## 2. Fattispecie e questioni “probatorie”

Ciò nonostante, la volontà dell'ordinamento di affrancare con nettezza, all'interno dei rapporti sottesi a processi di *outsourcing*, situazioni di legittimo “coordinamento industriale”<sup>16</sup> da interposizioni solo “apparenti”, finisce per scontare le aporie conseguenti alla «peculiarità della fattispecie in esame, lontana dalla tradizionale configurazione del rapporto di lavoro in cui compaiono due sole parti, lavoratore e datore di lavoro»<sup>17</sup> e pur tuttavia “perseguita” (come meglio si dirà *infra*) a scopo di tutela, proprio in ragione di individuare, in senso “effettivo”, questi due soggetti.

---

<sup>13</sup> A tal riguardo, sembra appropriato quanto evidenziato dall'INL, con circolare 11 luglio 2018, n. 10, ovvero che «la circostanza che il lavoratore sia considerato dipendente dell'effettivo utilizzatore della prestazione non è “automatica”, ma è subordinata al “fatto costitutivo dell'instaurazione del rapporto di lavoro su domanda del lavoratore” (cfr. Cass. sent. n. 25014/2015)».

<sup>14</sup> Sulla relazione tra nullità e liticonsorzio necessario, Cass. 1 agosto 2014, n. 17540, Motivi della decisione, *sub* 2.

<sup>15</sup> Commi 1 e 2 art. 18 D.Lgs. 276/2003 (1. *L'esercizio non autorizzato delle attività di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a) e b), è punito con la pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo. L'esercizio non autorizzato delle attività di cui all'articolo 4, comma 1, lettera c), è punito con la pena dell'arresto fino a sei mesi e dell'ammenda da euro 1500 a euro 7500. Se non vi è scopo di lucro, la pena è dell'ammenda da euro 500 a euro 2500. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo. L'esercizio non autorizzato delle attività di cui all'articolo 4, comma 1, lettere d) ed e), è punito con l'ammenda da euro 750 ad euro 3750. Se non vi è scopo di lucro, la pena è dell'ammenda da euro 250 a euro 1250.*

*Nel caso di condanna, è disposta, in ogni caso, la confisca del mezzo di trasporto eventualmente adoperato per l'esercizio delle attività di cui al presente comma. 2. Nei confronti dell'utilizzatore che ricorra alla somministrazione di prestatori di lavoro da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 4, comma 1, lettera a), ovvero da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 4, comma 1, lettera b), o comunque al di fuori dei limiti ivi previsti, si applica la pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo.) in combinato disposto con il comma 1 art. 1 D.Lgs. 8/2016 (1. Non costituiscono reato e sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda.)».*

<sup>16</sup> In tema, con questa efficace definizione, Marazza M., *Le garanzie difficili nel sistema degli appalti*, in WP D'Antona, 393-2019.

<sup>17</sup> App. Roma, 4 marzo 2021, n. 885.

In sostanza, quel che si tenta di riflettere sono le criticità giuridiche, specialmente in termini “probatori”, di una disposizione normativa, l’art. 29, strutturata attraverso la valorizzazione di elementi costitutivi “autonomi”<sup>18</sup> (“organizzazione dei mezzi” e “rischio d’impresa”) di una certa fattispecie contrattuale, l’appalto, i quali, se mancanti, consentirebbero<sup>19</sup> di “dichiarare”<sup>20</sup> sussistente altra e “sottostante” fattispecie negoziale, il contratto subordinato, la quale, ordinariamente, presuppone invece una puntuale indagine di merito circa l’elemento tipico, proprio, del “potere direttivo”.

A ben vedere, prescindendo momentaneamente dal requisito del “rischio”, parrebbe ipotizzarsi che, rispetto «all’esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto», indice rivelatore della necessaria «organizzazione dei mezzi», una volta accertata la sua insussistenza, il diritto positivo ne derivi, almeno letteralmente e in una sorta di riedizione della presunzione legale *ex lege* 1369/1960, l’esistenza di uno o più rapporti subordinati, *alter ego* e *ab origine*, fra committente e anzidetti prestatori.

Interrogandosi, si pone dunque la questione se nel sopravvenuto impianto normativo, residuino i “tratti” di quella garanzia «rappresentata dal meccanismo che consentiva di “ricucire” [mediante presunzione assoluta] il rapporto di lavoro con quell’imprenditore che appariva dotato della maggiore consistenza economica, perché era in possesso dei mezzi di produzione necessari alla realizzazione dell’attività economica (industriale)»<sup>21</sup>, senza perciò necessità di indagine circa “preposizioni e soggezioni” da questo concretamente dispiegate nei riguardi dei lavoratori coinvolti.

Dunque, focalizzandosi sull’onere della prova e senza voler “esasperare” il peso del tema, poiché ben consapevoli del principio di “circolarità” che, nella sostanza, infonde gli oneri di allegazione, di contestazione e, appunto, di prova nel processo del lavoro<sup>22</sup>, non sembra privo di rilievo addivenire a capo delle rispettive incombenze (da ripartire fra committente

---

<sup>18</sup> Sul punto, si rimanda ancora a Marazza M., *Opera cit.*, p. 10.

<sup>19</sup> « 3-bis. Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell’articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest’ultimo.»

<sup>20</sup> Da ultimo, sulla natura “dichiarativa” e non “costitutiva” dell’azione tesa a far valere la reale titolarità del rapporto, Cass. 28 ottobre 2021, n. 30490.

<sup>21</sup> Corazza L., *Opera cit.*, p. 14.

<sup>22</sup> Marvasi C., *Le prove nel processo del lavoro*, Giuffrè 2021, in particolare pp. 107-111.

e appaltatore "putativi", da un lato, e, lavoratori implicati e/o organi di vigilanza, dall'altro), in un rito, si è finalizzato alla ricerca della verità materiale, ma contraddistinto anche da un sistema di rigorose "preclusioni"<sup>23</sup>.

### **3. Questioni di prospettiva: il divieto di intermediazione**

Considerato quanto precede, per districarsi rispetto "a chi" e "cosa" si debba provare ai fini di azionare efficacemente le tutele *ex* articolo 29, sembra quindi opportuno muovere da concetti processuali di ordine generale come, a esempio, partendo dal presupposto che «se di fatto costitutivo si tratta, non vi è dubbio che l'onere probatorio sul punto spetti all'attore, mentre se è fatto impeditivo, il relativo onere non può che aspettare al convenuto»<sup>24</sup>.

Di guisa che, nel "risolvere" il dilemma, si ritiene profilarsi un problema di "prospettiva" ovvero la necessità di indagare, in premessa, quale sia la reale fattispecie normativa "da costituire".

Sul punto, anche avuto riguardo della disciplina - punitiva/riparatoria - della stessa, sembra allora potersi favorire che, al netto del dato letterale, piuttosto dell'appalto lecito, il "cuore" del precetto sia il generale "divieto di intermediazione", da ricercarsi, evidentemente, non nella fattispecie contrattuale tipica (art. 1655 c.c.), ma nella dissociazione tra autore dell'assunzione ed effettivo beneficiario della prestazione, nel senso (a parere) di una indagine volta a rinvenire, nella sostanza, le relazioni etero-dirette eventualmente "celate" dallo schema negoziale illecito.

### **4. Il filone giurisprudenziale "romano" e l'esistenza "materiale" del contratto**

Alla luce di ciò, sembrano necessitare di adeguata contestualizzazione certe "affermazioni" di un reiterato filone giurisprudenziale sviluppatosi in seno alla magistratura romana e che, anche di recente<sup>25</sup>, poggiando su di un unico approdo di legittimità, la pronuncia n. 29889 del 18 novembre, tenderebbero invece riversare sul versante datoriale, «sia quello formale

---

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Così, Cass. 3 agosto 2018, n. 20504, Ragioni della decisione, *sub* 4 e giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>25</sup> App. Roma 4 marzo 2021, n. 885 e Trib. Roma 26 novembre 2021, R.G. 26853.

che sostanziale, [la dimostrazione della] sussistenza di una genuina intermediazione di manodopera (che consista in un contratto di appalto di servizio ovvero in un contratto di somministrazione)»<sup>26</sup>, diguisa che «se non vi è prova che le attività svolte dal lavoratore dipendente di una società presso altra società e ad esclusivo favore di quest'ultima siano riconducibili ad un contratto di appalto genuino, poco importa stabilire chi sia il datore di lavoro effettivo di quel lavoratore, [in quanto] il rapporto si costituirà sempre e comunque con l'utilizzatore»<sup>27</sup>.

Tuttavia, indagando meglio gli *arrêts* in questione, l'affermata esigenza, mediante opportuna allegazione e prova, di ricondurre la fattispecie concreta alle ipotesi normativamente tipizzate, sembra invero derivare da un fattore comune a tutte le sottese controversie ossia la completa assenza di riscontri probatori dello schermo legale tipico, *ergo* la mancanza materiale, poiché non prodotto dalle convenute, del contratto di appalto fra quest'ultime asseritamente in essere.

Pertanto, a ben vedere, è solo in difetto di questa imprescindibile «prova puntuale dell'esistenza e dell'esecuzione del contratto [...] nell'ambito del quale è stata resa la prestazione di lavoro»<sup>28</sup> che la giurisprudenza testé ne deriva, come "automatismo", la ricorrenza (riviviscenza?) del «generale principio di individuazione del datore di lavoro nel soggetto che utilizza la prestazione lavorativa in base alla norma inderogabile dettata dall'articolo 2094 c.c., che si riferisce alla collaborazione "nell'impresa" alle dipendenze dell'"imprenditore", tipicamente individuato in colui che organizza i fattori della produzione»<sup>29</sup>.

## 5. La subordinazione di nuovo al centro

Dunque, anche da questi approdi, apparentemente "atipici", sembra permanere decisiva la nozione di subordinazione (si ribadisce, "presunta" solo in ragione delle peculiarità del caso

---

<sup>26</sup> Testualmente, Cass. 18 novembre 2019 cit., Ragioni della decisione, *sub* 10, riprese anche in App. Roma 4 marzo 2021 cit..

<sup>27</sup> App. Roma 4 marzo 2021 cit.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Ancora Cass. 18 novembre 2019 cit., Ragioni della decisione, *sub* 10.

concreto) e, di conseguenza, l'accertamento, sussuntivo o tipologico che sia, da essa postulato.

Sicché, senza timore di sovvertire la teleologia giustamente protettiva della norma e fatto salvo l'onere minimo di produzione del contratto "a monte" (§ 4), una esegesi sistematicamente sostenibile sembra dunque non acconsentire, benché in apparenza espressa dal significante, a una "ripartizione" probatoria, sì a vantaggio di lavoratori e organi di vigilanza, ma anche palesemente contrastante a principi e ragioni giuridiche ormai sedimentate nel tempo e propriamente connesse al concetto di etero-direzione.

Basti pensare a tratte e difficilmente opinabili considerazioni di matrice giurisprudenziale quali l'assenza, nell'ordinamento, di alcuna presunzione "universale" di subordinazione oltre al fatto che, «qualora vi sia una situazione oggettiva di incertezza probatoria, il giudice deve ritenere che l'onere della prova a carico dell'attore non sia stato assolto, e non già propendere per la natura subordinata del rapporto», senza peraltro essere «tenuto ad accertare se le prestazioni svolte dall'attore siano ricollegabili ad un contratto d'opera o ad un contratto di appalto»<sup>30</sup>.

Inoltre, occorre altresì rammentare che «se è pur vero che ogni qualvolta si fuoriesca dai rigidi schemi voluti dal legislatore atti a consentire, legittimamente, processi di esternalizzazione [...] si finisce sempre per rientrare in forme illecite di "somministrazione irregolare" [...] è altrettanto corretto assumere che, nella fase costitutiva e sino all'eventuale accertamento giudiziale, l'appalto [instaurato e prodotto in giudizio] resta una tipologia contrattuale del tutto autonoma oltreché tipica dell'ordinamento (art. 1655c.c.)»<sup>31</sup>.

Ragion per cui, posto che «la qualificazione data dalle parti al rapporto, pur non vincolante ed esaustiva ai fini della decisione, rappresenta pur sempre il punto di partenza dell'indagine del giudice e richiede adeguata motivazione per essere svalutata nel suo significato»<sup>32</sup>, una volta accerta l'esistenza del negozio di esternalizzazione, attribuire il gravame probatorio alle parti che l'hanno sottoscritto, al fine di dimostrarne la liceità, non può che realizzare una indebita "inversione" dell'onere della prova.

---

<sup>30</sup> *Ex multis*, Cass. 2 gennaio 2018 n. 1, Motivi della decisione.

<sup>31</sup> F. Avanzi, *Somministrazione irregolare e licenziamento. Interpretazione autentica e questioni (ancora) in sospeso*, Bollettino Adapt n. 31/2020 e giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>32</sup> Cass. 14 giugno 2021, n. 16720, Considerato che, *sub* 6.

## 6. Il punto di caduta

Tanto premesso e fatta salva l'evidente occorrenza di provare, come detto, almeno l'esistenza "materiale" del contratto di appalto, il corretto punto di caduta appare allora rinvenuto nell'elaborazione giurisprudenziale maggioritaria, secondo cui «l'onere della prova della non genuinità dello stesso non [può] che ricadere, sulla base dell'ordinario criterio dell'articolo 2697 c.c., sul lavoratore»<sup>33</sup> o, comunque, sul soggetto "esterno" che ne invochi l'irregolarità, posto che questa non può che significare la dimostrazione di una alternativa e ben individuata relazione subordinata.

Per questo, del tutto coerenti appaiono le decisioni, anche recenti, dove la legittimità "a sanzionare" viene infirmata in virtù di "carenze" probatorie imputabili all'"attore" (nel caso, l'Ispettorato Territoriale del Lavoro) e, in particolare, poiché non si è dimostrato chi esercitava, sui lavoratori coinvolti, «i poteri organizzativo e gerarchico propri del datore di lavoro»<sup>34</sup>.

Sicché, data la "struttura" dell'azione processuale collegata all'articolo 29, volta cioè ad affermare, come detto, l'esistenza di un rapporto con un certo datore di lavoro e negarne uno diverso con altro<sup>35</sup>, del pari si evidenzia coerente la "rigidità" richiesta, anche nelle vicende regolate dall'articolo 29, dall'accertamento giudiziale rispetto al "contenuto" dell'onere probatorio per cui «in tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro, non è sufficiente, ai fini della configurabilità di un appalto fraudolento, la circostanza che il personale dell'appaltante impartisca disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore, occorrendo verificare se esse siano riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro [...] che, come ripetutamente affermato da questa Corte, "deve estrinsecarsi nell'emanazione di ordini specifici, oltre che nell'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e controllo nell'esecuzione delle prestazioni lavorative", sia pure nella necessaria considerazione della specificità dell'incarico conferito e del modo della sua attuazione»<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Cass. 17 settembre 202., n. 19412, Considerato in diritto, *sub* 5.1.

<sup>34</sup> In accoglimento del ricorso avverso l'ordinanza di ingiunzione notificata dall'ITL di Cosenza, Trib. Paola 4 novembre 2021, n. 428.

<sup>35</sup> Cass. 12 settembre 2018, n. 22179, Ragioni della decisione, *sub* 17.

<sup>36</sup> Cass. 11 maggio 2021, n. 12413, Ragioni della decisione, *sub* 3.3 e giurisprudenza ivi citata.

Tirando le somme, pur se “disponibile” possa riconoscersi il dato testuale della norma, alla luce della sintetica ricostruzione testé, nessuna “inversione” ovvero “agevolazione” di ordine probatorio sembra sussistere, in forza dell’articolo 29 D.Lgs. 276/2003, rispetto alle ordinarie questioni qualificatorie “bilaterali”, poiché, anche nelle vicende “plurisoggettive”, la «esigenza di individuare con precisione un unico centro di imputazione cui ricondurre la gestione del singolo rapporto di lavoro, a di là degli schermi [...] risponde al dato normativo base dell'articolo 2094 c.c., che impone di individuare l'interlocutore tipico del lavoratore subordinato nella persona (fisica o giuridica) del "datore di lavoro", e cioè di chi, di fatto detiene ed esercita i suoi poteri (direttivo e disciplinare) nei confronti della controparte dipendente»<sup>37</sup>.

Semmai, dall’analisi della giurisprudenza sembra emergere la “tirannia” degli esiti dell’indagine qualificatoria rispetto all’ulteriore requisito «del rischio d’impresa», posto che «una volta accertata l'estraneità dell'appaltatore alla organizzazione e direzione dei prestatori di lavoro nell'esecuzione dell'appalto [*id est* verificata la subordinazione del prestatore verso lo pseudo committente], è del tutto ultronea qualsiasi questione inerente il rischio economico e l'autonoma organizzazione dell'appalto»<sup>38</sup>.

In definitiva, al netto dei crismi di genuinità dell’appalto di matrice giurisprudenziale<sup>39</sup>, che, a questo punto, sono da considerarsi alla stregua di *alert* aggiuntivi rispetto a quelli tradizionali<sup>40</sup>, sembra potersi concludere che anche all’interno dei processi di esternalizzazione, la tutela del lavoratore passi attraverso la “prova”, indipendentemente dal

---

<sup>37</sup> Cass. 8 novembre 2021, n. 32476, Considerato che, *sub* 6.7.

<sup>38</sup> *Ex multis*, Cass. 2 luglio 2019, n. 17706.

<sup>39</sup> In particolare si intende far riferimento agli indici sintomatici di “non genuinità” quali «a) la richiesta da parte del committente di un certo numero di ore di lavoro; b) l’inserimento stabile del personale dell’appaltatore nel ciclo produttivo del committente; c) l’identità dell’attività svolta dal personale dell’appaltatore rispetto a quella svolta dai dipendenti del committente; d) la proprietà in capo al committente delle attrezzature necessarie per l’espletamento delle attività; e) l’organizzazione da parte del committente dell’attività dei dipendenti» (Consiglio di Stato, sez. III, 20 marzo 2018, n. 1571).

<sup>40</sup> Rispetto agli indici c.d. “sussidiari” del metodo tipologico. Per vero, come costantemente ribadito che «l’elemento tipico che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato è costituito dalla subordinazione, intesa, come innanzi detto, quale disponibilità del prestatore nei confronti del datore di lavoro, con assoggettamento alle direttive dallo stesso impartite circa le modalità di esecuzione dell’attività lavorativa; mentre, è stato pure precisato, altri elementi - come l’assenza del rischio economico, il luogo della prestazione, la forma della retribuzione e la stessa collaborazione - possono avere solo valore indicativo e non determinante» (*Ex multis*, Cass. 25 settembre 2017, n. 22289).

soggetto agente e carico di quest'ultimo, del ricorrere, ancorché attenuata<sup>41</sup>, della nozione di subordinazione.

---

<sup>41</sup> In tema, per una disamina, anche di prospettiva, della nozione di subordinazione, fra potere "direttivo" e "organizzativo", si rinvia a *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, in *Seminari della Consulta giuridica della CGIL*, 3-2020.