



DEL RE & SANDRUCCI

ASSOCIAZIONE D'AVVOCATI

PARTNERS:

Avv. Andrea Del Re – già Docente Diritto del Lavoro Università di Firenze
adelre@delre.it – Presidente dell'Associazione A.G.I. - Avvocati Giuslavoristi Italiani – sezione Toscana

Avv. Andrea Sandrucci
asandrucci@delre.it – membro A.G.I. - Avvocati Giuslavoristi Italiani

ASSOCIATES:

Avv. Antonio La Pera

alapera@delre.it

Avv. Camilla Biondi – membro A.G.I. - Avvocati Giuslavoristi Italiani

cbiondi@delre.it

Avv. Lorenzo John Baldry

ljbaldry@delre.it – membro A.G.I. - Avvocati Giuslavoristi Italiani

Avv. Claudia Del Re

cdelre@delre.it – membro A.G.I. - Avvocati Giuslavoristi Italiani

Avv. Cecilia Del Re

cecilia@delre.it

Dott. Alberto Muzzi

amuzzi@delre.it

AFFILIATION:

Stanford University, California

Relazione Avv. Andrea Del Re

Prato, 01.07.2015

**GLI OBBLIGHI RETRIBUTIVI E PREVIDENZIALI
ED IL REGIME DI RESPONSABILITÀ SOLIDALE**

● **Introduzione e quadro normativo di riferimento.**

Nell'attuale sistema economico e produttivo appare sempre più frequente il ricorso a processi di esternalizzazione, in forza dei quali le imprese ed i datori di lavoro affidano intere fasi del proprio ciclo produttivo a soggetti esterni.

Anche il nostro ordinamento giuridico, seppure in ritardo rispetto a quanto avvenuto in altri paesi, ha avviato un processo di modernizzazione del quadro normativo di riferimento in materia, nel rispetto di determinati obblighi finalizzati a salvaguardare i diritti dei lavoratori coinvolti nei processi di esternalizzazione.



L'inadeguatezza e l'inattualità del precedente quadro normativo sono state superate, in particolare, con l'intervento della "Riforma del mercato del lavoro" operata dal Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276, cd. "Decreto Biagi", che ha permesso di valutare come *opportunità* e non più come una *strategia rischiosa* - sul piano organizzativo - la traslazione all'esterno, in capo all'appaltatore, sia pure solo in parte, del risultato produttivo e delle responsabilità connesse all'utilizzo della forza-lavoro.

La normativa precedente al Decreto Biagi (ovvero la Legge n. 1369/1960) prevedeva che i lavoratori impegnati in appalti "interni", cioè inerenti al ciclo produttivo dell'impresa appaltante, avessero diritto ad un *trattamento economico e normativo non inferiore* a quello dei dipendenti dell'appaltante.

Con il Decreto Biagi, questa regola, già poco applicata, è stata superata e si è puntato tutto - per tutelare i lavoratori in questione - sulla previsione di una **responsabilità solidale dell'appaltante per i crediti, retributivi e previdenziali**, vantati dai dipendenti dell'appaltatore nei confronti di quest'ultimo.

Il vincolo di solidarietà così introdotto replica un modulo legislativo già noto ed utilizzato, con il quale si intende rafforzare l'adempimento delle obbligazioni retributive e previdenziali, ponendo a carico del soggetto economico che utilizza lavoratori dipendenti da altro imprenditore il *rischio economico* di dovere rispondere *in prima persona* delle eventuali *omissioni* degli imprenditori da lui utilizzati.

Fermo restando quanto contenuto IN VIA GENERALE nell'art. 1292 c.c. in tema di **solidarietà** (- si ha obbligazione solidale *passiva* quando "*più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno di loro libera gli altri [...]*" -) e nell'art. 1655 c.c. in tema di **appalto** (- "*contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo di denaro*" -), a seguito dell'abrogazione dell'art. 35, commi 28, 28-bis e 28-ter, del D.lgs. n. 223/2006, è rimasta una la norma speciale di riferimento in fatto di "Responsabilità solidale negli appalti" e precisamente l'**art. 29, II comma, del D.lgs. n. 276/2003**.



Analizziamo, quindi, la disposizione in questione.

● **L'articolo 29, II comma, del D.lgs. 276/2003, ovvero:**

La Responsabilità del committente, dell'appaltatore e del subappaltatore per la retribuzione, il TFR, i contributi previdenziali ed i premi assicurativi.

La responsabilità del committente, dell'appaltatore e del subappaltatore per la retribuzione, il TFR, i contributi previdenziali ed i premi assicurativi è prevista **dall'art. 29, comma 2, del D. Lgs. n. 10 settembre 2003, n. 276**, comma che recentemente (ovvero nell'ultimo anno e mezzo) è stato oggetto di diverse modifiche ad opera:

▶ *in primis*, del cd. "**Decreto Semplificazioni**" (D.L. 9 febbraio 2012 n. 5, art. 21 comma 1, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 35 del 4 aprile 2012);

▶ *e poi* della cd. "**Riforma Fornero**" (L. 28 giugno 2012, n. 92 articolo 4, comma 31, lett. a) e b).

▶ Da ultimo, però, anche il cd. "**Decreto del Fare**" (articolo 9, co I, del D.L. 26 giugno 2013 n. 76, convertito con Legge 9 agosto 2013, n. 99) è intervenuto a *chiarire* (n.b: *non ha apportato modifiche alla norma*) alcuni aspetti legati alla responsabilità solidale negli appalti. Si tratta, infatti, di un intervento normativo che non introduce niente di nuovo rispetto al più recente passato circa i caratteri generali della disciplina della responsabilità solidale in tema di appalti, ma che punta a definire meglio l'ambito di operatività della disciplina stessa, dirimendo così alcuni problemi interpretativi sorti nella sua applicazione.

Il testo attualmente in vigore è, dunque, il seguente:



“Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente piu' rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarita' complessiva degli appalti,

in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro e' obbligato in solido con l'appaltatore, nonche' con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonche' i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento.

Il committente imprenditore o datore di lavoro e' convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori.

Il committente imprenditore o datore di lavoro puo' eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori.

In tal caso il giudice accerta la responsabilita' solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva puo' essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori.

Il committente che ha eseguito il pagamento puo' esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali”.

Analizziamo, quindi, per punti, la **disciplina attuale**, così come prevista nella formulazione della norma attualmente in vigore, risultante dalle modifiche apportate dal “Decreto Semplificazioni” del Febbraio 2012 e dalla “Riforma Fornero” del Luglio 2012, alla luce anche di quanto specificato dall’art. 9 del “Decreto del Fare”, convertito in Legge lo scorso 9 Agosto:

1. Innanzitutto, con la “Riforma Fornero” viene introdotta la *“possibilità di **limitare la responsabilità solidale del committente qualora la contrattazione collettiva** individui metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli*



appalti”: in primo luogo, dunque, ogni qual volta si dovrà verificare il regime di responsabilità solidale in una determinata fattispecie di appalto, occorrerà verificare l’avvenuto intervento o meno della contrattazione collettiva di settore interessata per la previsione di regimi di esonero dalla responsabilità.

In questo senso, giova richiamare – ad es. – le previsioni del contratto nazionale Assologistica del 26 gennaio 2011, che, a fronte della produzione di una serie di documenti circa il rispetto della normativa previdenziale e l’individuazione del personale addetto all’appalto, libera il committente da responsabilità solidale.

Tuttavia, proprio su questo punto, è recentissimamente intervenuto il “Decreto del Fare”, per puntualizzare come le disposizioni derogatorie del regime di solidarietà previste dai contratti collettivi nazionali possano riguardare **soltanto i trattamenti retributivi** e non anche i contributi previdenziali ed assicurativi. Letteralmente la norma prevede infatti che *“Le disposizioni dei contratti collettivi di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni, hanno effetto esclusivamente in relazione ai trattamenti retributivi dovuti ai lavoratori impiegati nell'appalto con esclusione di qualsiasi effetto in relazione ai contributi previdenziali e assicurativi”*.

Ciò significa che il legislatore ha inteso estendere l’ambito di applicazione della disciplina della solidarietà retributiva e previdenziale, poiché ha previsto che le “diverse disposizioni” del contratto collettivo non possano in alcun caso escludere la responsabilità solidale in relazione ai contributi previdenziali ed assicurativi. Anche se tale modifica normativa si pone nel solco della prassi amministrativa sviluppatasi *medio tempore*, ed in particolare di quanto già affermato dal Ministero del Lavoro con Circolare n. 35/2013, deve evidenziarsi come le prerogative e l’efficacia della contrattazione collettiva nell’ambito della responsabilità solidale negli appalti per le ipotesi di inadempimenti retributivi e previdenziali ne escano inevitabilmente ridimensionate.

2. Con le modifiche avutesi nel corso del 2012, viene poi ampliato l’**oggetto della responsabilità solidale**, nel senso di ricomprendere, sotto il profilo *retributivo*, anche le “quote di TFR” e, sotto il profilo *previdenziale*, anche i premi assicurativi.

In seguito all’ultima novella, le “*quote di TFR*” si intendono, dunque, espressamente in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto e non, evidentemente, all’intera durata del rapporto di lavoro tra lavoratore ed appaltatore o subappaltatore, con ciò eliminando ogni ipotesi interpretativa volta ad addebitare al responsabile in solido l’intero ammontare del TFR dovuto al lavoratore dell’appaltatore/subappaltatore, che durante il periodo di svolgimento dell’appalto avesse maturato il diritto al trattamento.

Pertanto, nonostante il legislatore sia recentemente intervenuto a risolvere espressamente tale problema, l’indagine sul testo del II comma dell’art. 29 precedente



alle modifiche introdotte dal D.L. n. 5 del 2012 conserva un suo interesse per 2 ordini di ragioni:

- 1) La prima risiede nel fatto che il precedente testo mantiene un margine di applicazione per i diritti maturati relativamente a contratti di appalto stipulati in precedenza.
- 2) La seconda ragione sta nel fatto che la ricerca di una risposta a tale quesito costituisce un'occasione per precisare quale sia il criterio che presiede alla delimitazione dell'area dei crediti oggetto della responsabilità solidale; indagine, che, come dimostra il contrasto tra le soluzioni accolte dal Tribunale di Milano e dal Tribunale di Roma può condurre ad esiti tutt'altro che scontati.

In particolare, il **Tribunale di Milano** (con sent. n. 1228 del **09.03.2012**) ha ritenuto che, ex art. 29 dlgs. 276/2003, il committente fosse solidalmente responsabile del pagamento dell'intero ammontare del TFR, argomentando sulla base del principio, oggi sostanzialmente consolidato in giurisprudenza, secondo il quale il TFR costituisce un trattamento retributivo oggetto di un diritto di credito che matura al momento della cessazione del rapporto, non essendo configurabile un autonomo e distinto diritto avente ad oggetto la quota di accantonamento che il datore deve eseguire annualmente.

Per contro, invece, il **Tribunale di Roma** (con sent. n. 4046 del **06.03.2012**) ha rilevato come non possa *“rientrare nella responsabilità solidale del committente la quota di trattamento di fine rapporto maturata o presso lo stesso datore di lavoro in relazione a diversi appalti ovvero presso altri datori di lavoro pur se in relazione ad appalti con lo stesso committente”*.

Tenuti a menti i due sovraesposti orientamenti, appare corretto ricercare la soluzione della suddetta questione non nelle regole che presiedono alla maturazione del TFR, bensì in quelle che definiscono l'ambito oggettivo di applicazione della responsabilità solidale disciplinata dal II comma dell'art. 29 Dlgs. 276/2003.

Infatti, **il criterio utilizzato dal legislatore del 2003** (e che è rimasto inalterato nonostante le molteplici modifiche subite dalla disposizione in esame) **per delimitare l'oggetto della responsabilità solidale va identificato in tutti quei trattamenti normativi e contributivi che il lavoratore abbia maturato in ragione della prestazione lavorativa resa nell'esecuzione del contratto di appalto.**

Questa soluzione è, peraltro, quella più coerente con il risultato ulteriore che la tutela della responsabilità solidale è suscettibile di produrre e che il legislatore ha inteso favorire: *orientare le scelte dei committenti verso appaltatori affidabili*. Tale effetto virtuoso può infatti efficacemente prodursi soltanto in quanto la responsabilità del committente sia limitata al periodo di svolgimento del contratto di appalto durante il quale lo stesso ha maggiori possibilità di controllare l'operato dell'appaltatore,



avvalendosi dei poteri che gli competono in qualità di controparte contrattuale, per accertare (e prevenire) eventuali inadempimenti in danno dei lavoratori.

Rilevante novità introdotta dal “Decreto semplificazioni” (e confermato dalla Riforma Fornero) è, **poi, l'esclusione dall'ambito della responsabilità solidale “qualsiasi obbligo per le sanzioni civili, di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento”**, introducendo con ciò una vera e propria novità rispetto a quanto ritenuto in passato dal Ministero (risposta ad interpello n. 3 del 2010), che invece riteneva sussistere la solidarietà per tali sanzioni in quanto aventi natura risarcitoria.

Con un parere del 21 Marzo u.s., il Ministero del Lavoro ha chiarito che il *dies a quo* a partire dal quale il committente, **ex art. 21 del D.L. semplificazioni, non risponde dell'obbligo relativo alle somme aggiuntive coincide con tutti gli obblighi contributivi, la cui scadenza è successiva al 10 febbraio 2012, data di entrata in vigore del predetto decreto.**

Il committente, pertanto, risponde della retribuzione e della contribuzione in solido con l'appaltatore od il subappaltatore, con esclusione – a decorrere dalle scadenze successive al 10 febbraio 2012 – delle sanzioni civili.

Il Ministero ha, altresì, precisato che, anche se da quella data non sono conteggiate le somme aggiuntive o le sanzioni civili derivanti dall'inadempimento, dovranno comunque essere addebitati gli **interessi moratori sulle somme dovute**, considerata la portata generale dell'art. 1294 c.c. e stante la mancanza, sul punto, di una previsione contraria della legge.

Il riferimento, poi, ora introdotto alla “*durata dell'appalto*”, correggendo la formulazione originaria che sembrava ammettere una responsabilità senza limiti, vale altresì ad escludere che possa imputarsi al committente anche l'obbligazione per il pagamento delle retribuzioni conseguenti ad un *licenziamento illegittimo* (come aveva invece ritenuto una pronuncia del Tribunale di Bologna).

In particolare, una sentenza della **Suprema Corte (Cass. Sez Lavoro, sentenza n. 22728 del 4 ottobre 2013)** chiarisce un aspetto dell'obbligazione in solido prevista dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003.

In tale pronuncia, infatti, la Suprema Corte ha esonerato da censure la decisione della Corte di Appello, confermativa a sua volta della sentenza resa in primo grado, che aveva rigettato l'istanza del ricorrente avente ad oggetto la condanna del committente, quale obbligato in solido, al pagamento **dell'indennità di preavviso dovuta dal datore di lavoro per il licenziamento del lavoratore occupato nell'esecuzione dell'appalto intercorso con il committente.**

Il ragionamento posto alla base del ricorso del lavoratore era racchiuso nel sillogismo che segue: stante la natura retributiva dell'indennità di preavviso, essendo il lavoratore stato occupato nell'esecuzione di un appalto, il committente è obbligato in solido anche per l'indennità di preavviso non corrisposta dal datore di lavoro/appaltatore a seguito del licenziamento intimato al lavoratore.



Entrambi i giudici che hanno preceduto il Collegio di legittimità avevano, però, respinto l'istanza del lavoratore – data pur per ammessa la natura retributiva dell'indennità di preavviso in caso di licenziamento –, sottolineando come dall'istruttoria non fossero emerse evidenze probatorie che permettessero di ritenere accertato il nesso eziologico tra lo scioglimento del rapporto di lavoro e l'appalto, tale da rendere invocabile l'applicazione dell'obbligazione in solido.

Ed invero, anche a giudizio della Corte, la celebrazione dei due processi di merito aveva acclarato come il ricorrente non fosse andato oltre la deduzione riguardante il legame tra l'intercorsa cessazione dell'appalto ed il licenziamento, non avendo egli provato in quale misura la conclusione del contratto di appalto avesse avuto conseguenze sul licenziamento, verificatosi una manciata di giorni dopo il primo evento.

In carenza della prova positiva dell'esistenza di un nesso eziologico tra la fine dell'appalto ed il licenziamento, quest'ultimo costituiva quindi un autonomo atto imprenditoriale, più o meno sindacabile, ma di sicuro non vincolante per il committente, la cui chiamata in garanzia non può che essere ultronea e giuridicamente infondata, non potendo essergli addebitate le scelte che il datore di lavoro, ex appaltatore, avrebbe posto in essere a prescindere dalle sorti riservate al contratto di appalto.

Il ragionamento seguito da tutti gli organi giudicanti è più che mai condivisibile e merita apprezzamento anche per aver sgomberato il campo da possibili equivoci sulla portata applicativa dell'obbligazione in solido: infatti, avendo le ripetute novelle normative sensibilmente alterato il contenuto autentico di detta obbligazione, le possibilità di invocare il rimedio *de quo* anche oltre i suoi presupposti giuridicamente modificati potevano aumentare, rischiando di generare, nella sostanza, una sorta di responsabilità per fatto altrui non prevista dall'ordinamento.

Resta, infine, privo di pratica e precisa soluzione il problema che attiene alla identificazione dei lavoratori quando l'impresa appaltatrice abbia contemporaneamente in atto più appalti: **in genere, infatti, le norme dei capitolati impongono ai fini di sicurezza una identificazione di tutti i soggetti abilitati ad introdursi sui luoghi di lavoro, ma in assenza di una norma primaria che non dispone onere della prova per la identificazione dei dipendenti, non è chiaro a chi spetti dare prova della circostanza e degli importi corrisposti con riferimento all'esecuzione dell'appalto stesso.**

3. La norma indica in “*2 anni dalla cessazione dell'appalto*” il **limite temporale entro cui i lavoratori interessati possono agire nei confronti del committente** affinché questi risponda, in solido con l'appaltatore, nonché con gli eventuali subappaltatori, dei trattamenti retributivi e previdenziali (sia contributivi e assistenziali che assicurativi) dovuti.

Tale termine temporale costituisce, dunque, un termine di decadenza per l'esercizio dei relativi diritti.



Trattandosi di diritti relativi ad oneri non solo *retributivi* ma anche *previdenziali*, la decadenza opera con riferimento all'esercizio dell'azione non solo da parte del **lavoratore, creditore delle somme dovute** a titolo di retribuzione, ma anche da parte degli **Istituti, creditori delle somme dovute** a titolo di contributi.

Per quanto riguarda proprio l'aspetto contributivo, si evidenzia tuttavia che il termine decadenziale di due anni si riferisce evidentemente all'azione dell'Istituto **nei confronti del responsabile solidale**, restando ferma **l'ordinaria prescrizione quinquennale** prevista per il recupero contributivo nei confronti direttamente del datore di lavoro inadempiente (appaltatore o eventuale subappaltatore).

La **decorrenza del termine** inizia dalla *data di cessazione effettiva* dei lavori appaltati, *anche se diversa e posteriore rispetto alla data stabilita nel contratto di appalto*, come si desume sia dalla lettera della norma, sia dalla sua *ratio* di tutela dei lavoratori, sia dal fatto che il protrarsi dei lavori determina la proroga per *facta concludentia* del contratto di appalto con tutti gli obblighi ad esso inerenti.

Il Ministero del Lavoro (con nota protocollo n. 7140/2012 del 13 aprile 2012) rammenta, poi, che il limite si riferisce al contratto di appalto tra committente ed appaltatore e, pertanto, tale limite, nell'ambito dei rapporti tra appaltatore e subappaltatore, decorre dalla cessazione dei lavori del subappaltatore, non dalla cessazione dell'appalto (del contratto, cioè, tra committente ed appaltatore).

Per gli appalti che durano molti anni, infatti, ed in cui si susseguono diversi subappaltatori, l'appaltatore principale non rimane legato con tutte le imprese subappaltatrici per l'intero periodo.

L'onere della prova della *data di cessazione effettiva* dei lavori è a carico dei lavoratori. La parte maggioritaria della dottrina e della giurisprudenza ritiene che **l'atto impeditivo della decadenza non possa consistere in un atto stragiudiziale che valga a costituire in mora l'imprenditore appaltante, bensì nell'esercizio della relativa azione giudiziale.**

4. Il vincolo della solidarietà tutela tutti i "lavoratori", e dunque **non solo i lavoratori subordinati**, ma anche **quelli impiegati nell'appalto (o del subappalto) con altre tipologie contrattuali** (ad es. collaboratori a progetto ed associati in partecipazione), nonché **quelli in nero** (ossia i lavoratori "non risultanti dalle scritture od altra documentazione obbligatoria"), purché direttamente impiegati nell'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto.

In assenza di una precisa indicazione legislativa, questa era la soluzione trovata dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, secondo le quali il vincolo della solidarietà tutela(va) non solo i lavoratori subordinati ma anche quelli impiegati nell'appalto o nel sub-appalto con altre tipologie contrattuali quali, ad esempio,



collaboratori a progetto ed associati in partecipazione, purché direttamente impiegati nell'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto.

Il “Decreto del Fare”, visto comunque il vuoto normativo che era presente, interviene proprio su questo specifico punto a puntualizzare come *“Le disposizioni di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni, trovano applicazione anche in relazione ai compensi ed agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori legati all'appaltatore (o al sub-appaltatore) inadempiente da un **“contratto di lavoro autonomo”**”*.

Tale novità è evidentemente destinata ad ampliare l'ambito di operatività del regime di solidarietà, posto che non più soltanto il lavoratore dipendente può giovare del vincolo di solidarietà previsto dall'art. 29 co.2, ma anche il “lavoratore autonomo”.

La giurisprudenza ha avuto modo di precisare, però, che *“non sussiste la responsabilità nei confronti dei dipendenti dell'impresa subappaltatrice, qualora il subappalto sia avvenuto in violazione delle disposizioni di cui al contratto tra committente ed appaltatore”*, ovvero, in particolare, in violazione del divieto di subappalto (Trib. Milano, Sez. Lavoro, 25 novembre 2010).

5. Nel termine di decadenza, dunque, di due anni, il committente deve essere obbligatoriamente citato in giudizio dal creditore (ovvero, dal lavoratore), realizzandosi così un **litisconsorzio necessario** tra committente, appaltatori ed eventuali subappaltatori: prevede, infatti, la norma che: *“Il committente imprenditore o datore di lavoro e' convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori”* (nel decreto semplificazioni, febbraio 2012, invece, la chiamata in giudizio da parte del creditore era prevista come solo eventuale: *“Ove convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore, il committente...”*).
6. Viene introdotto (dal decreto semplificazioni e mantenuto dalla Legge Fornero) a favore del committente il **beneficio della preventiva escussione**: in sostanza, il committente, chiamato in giudizio per rispondere solidalmente con l'appaltatore od il subappaltatore, può eccepire nella prima difesa utile il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore o del subappaltatore e l'azione esecutiva potrà essere intrapresa nei suoi confronti solo dopo l'infruttuosa escussione **del patrimonio dell'appaltatore o dei subappaltatori**, fatta comunque salva l'azione di regresso nei confronti del coobbligato qualora il committente abbia dovuto eseguire il pagamento.

Le norme in tema di beneficio della preventiva escussione sono mutuare dal codice civile – dai commi 2 e 3 – art. 1944 c.c. dedicati al beneficio di preventiva escussione nella fideiussione.



Infatti, si deve ritenere che la norma non venga a consacrare un nuovo regime speciale, ma piuttosto la applicazione delle norme in tema di fideiussione, secondo la consolidata disciplina del codice.

Nella disciplina codicistica in tema di fideiussione, il beneficio non dipende, però, da una previsione normativa, ma da una specifica pattuizione, che ha l'effetto di privare il creditore di quella scelta tra una pluralità di debitori.

Qui, invece, il *beneficio della preventiva escussione* opera *ex lege*, così da costringere il creditore (ovvero il lavoratore) ad escutere sempre, previamente, il patrimonio dell'appaltatore, pur potendo contare, in caso di insolvenza di quest'ultimo o del subappaltatore, sulla possibilità di escutere successivamente il patrimonio del committente.

Occorre, infine, sottolineare, come, (a differenza di quanto inizialmente previsto dal decreto semplificazioni), l'eccezione di preventiva escussione, esercitata da parte del committente, possa riguardare non solo il patrimonio dell'appaltatore (come previsto dal decreto semplificazioni), ma anche quello di eventuali subappaltatori (come aggiunto dalla Legge Fornero).

Peraltro, non poche perplessità suscita il richiamo alla "infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori", lasciando intendere che si assisterà al proliferare delle azioni, nella prospettiva di non lasciar trascorrere inutilmente il termine decadenziale di due anni per la proposizione dell'azione, con evidente rischio di ricadute negative per tutte le parti del processo, non solo sui tempi della giustizia, ma anche (e soprattutto) quanto al pagamento delle spese di lite.

La norma, inoltre, afferma che il committente o datore di lavoro *possa* (e non debba) eccepire nella prima difesa il beneficio della preventiva escussione. Il legislatore sembra dunque consentire al committente di esercitare un'opzione per cui se egli non propone l'eccezione nel giudizio di cognizione può efficacemente proporla in sede esecutiva, con l'opposizione ex art. 615 c.p.c.

7. Il committente che ha eseguito il pagamento può poi esercitare l'**azione di regresso** nei confronti del coobbligato secondo le regole generali.

8. Per effetto della norma di cui al suddetto art. 29, comma 3-ter, è escluso dall'applicazione del regime della responsabilità solidale **il committente-persona fisica che non eserciti attività d'impresa o professionale**.

Il "Decreto del Fare" è, infine, intervenuto poi anche su un'altra questione estremamente discussa in giurisprudenza, ovvero quella relativa all'esclusione o meno del regime solidarietà nell'ambito dei contratti d'appalto stipulati dalla Pubblica Amministrazione (o più precisamente "*in relazione ai contratti di appalto stipulati*



dalla pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165).

L'art. 9 del "Decreto del Fare" è infatti intervenuto a sancire espressamente come Le disposizioni di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni non trovino applicazione con riferimento ai contratti d'appalto stipulati dalla Pubblica Amministrazione, smentendo così apertamente quella interpretazione della giurisprudenza maggioritaria, invalsa sinora, secondo la quale pur in presenza della clausola di esclusione di cui all'art. 1 co. 2 d.lgs. 276/2003 (in tema di inapplicabilità della normativa di cui al Decreto Biagi alle P.A. ed al loro personale), il regime di solidarietà previsto dall'art. 29 co. 2 poteva ritenersi applicabile anche ai contratti di appalto stipulati dalle amministrazioni (tra le pronunce in tal senso si rammenta T.A.R. Piemonte, 27 giugno 2006, n. 2711; Trib. Milano, sez. lav., 18 novembre 2008; Trib. Busto Arsizio 29 marzo 2010, in *D.L. Riv. Critica Dir. Lav*, 2010, 2, 534; Trib. Novara, 3 marzo 2011, in *D.L. Riv. Critica Dir. Lav*, 2011, 2, 483; Trib. Varese, sez. lav., 19 gennaio 2012).

Appare all'evidenza che il legislatore abbia inteso accogliere l'istanza pubblicistica di esclusione del "datore di lavoro pubblico" dalla responsabilità solidale per gli inadempimenti retributivi e previdenziali dei suoi appaltatori e sub-appaltatori, operando così una manovra da "spending review" ed avallando l'orientamento giurisprudenziale minoritario (tra le pronunce che accoglievano tale orientamento si rammenta App. Torino, 26 settembre 2011, in *L.P.A.*, 2011, 536, con nota di Certamore, "L'obbligazione solidale del committente negli appalti con la pubblica amministrazione).

Si potrebbe, tuttavia, continuare a meditare sulla questione, avendo a mente quella giurisprudenza di merito che fondava la solidarietà di committente, appaltatore e sub-appaltatore non sul presupposto normativo dell'art. 29 d.lgs. 276/2006 (ritenuto inapplicabile agli appalti in cui è parte l'amministrazione), bensi su (l'analogo) congegno normativo previsto all'art. 1676 del codice civile. Adesso che esplicitamente è stata esclusa l'applicabilità dell'art. 29 co.2 d.lgs. 276/2003, e, deve precisarsi, solo e soltanto di esso (il primo comma dell'art. 9 "decreto lavoro" dispone, infatti, "(...) [l]e medesime disposizioni [di cui all'art. 29, comma 2 d.lgs. 276/2003] non trovano applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni (...)") potrebbe continuare a sostenersi che la solidarietà resti in capo alle P.A. per quanto prevista dalla norma codicistica.

► Il caso del fallimento di una delle parti del contratto di appalto:

In questo caso, deve tenersi a mente che a norma dell'**art. 81 co.1 Legge Fallimentare** "[i]l contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori non dichiara di voler

subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di giorni sessanta dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie”.

Tale regola generale è peraltro derogata dal comma seguente dello stesso articolo per il caso di fallimento dell'appaltatore. Invero, stabilisce la norma, “[n]el caso di fallimento dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto. Sono salve le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche”.

Alla luce di tali rilievi normativi (e presupponendo che il curatore non abbia effettuato la dichiarazione di cui al comma primo del citato art. 81 L. fall.), nel caso in cui l'appaltatore sia fallito ed il committente sia chiamato a rispondere in solido, diviene determinante l'esegesi del contratto di appalto intercorso tra la committente ed il fallito appaltatore.

Infatti, ove potesse affermarsi che la qualità soggettiva di quest'ultima fosse stata *motivo determinante* (come si ritiene) della conclusione del contratto d'appalto, se ne ricaverebbe la conclusione, estremamente favorevole per la committente, che a seguito della dichiarazione di fallimento della società appaltatrice il contratto di appalto si è sciolto di diritto, e, pertanto, ai dipendenti non sarebbero dovute le mensilità spettanti per l'attività svolta successivamente alla dichiarazione stessa, posto che l'art. 29 co.2 d.lgs. sancisce (come visto) la solidarietà del committente soltanto *“in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto”*, e che tale vincolo di solidarietà non può pertanto ritenersi sussistente ove il contratto sia già cessato.

Ovviamente, il vincolo di solidarietà “coprirebbe” in ogni caso eventuali mensilità non pagate dall'appaltatore prima dell'avvenuta dichiarazione di fallimento, posto che, rileva la giurisprudenza, *“[l]’art. 81 della legge fallimentare che regola gli effetti del fallimento sul contratto d'appalto disponendo lo scioglimento e non la risoluzione del contratto, va inteso nel senso che il fallimento fa cessare “ex nunc” l’efficacia del vincolo (...)”*(Cass.,sez. I, 29 maggio 1980, n. 3529). Diviene dunque centrale in un caso come questo indagare “quando” è intervenuta la sentenza dichiarativa del fallimento.

Resta fermo che un'indagine circa l'attività di lavoro effettivamente prestata dai lavoratori della fallita nel periodo oggetto della richiesta da parte dei lavoratori dell'appaltatore fallito è comunque necessaria per capire se il rapporto di appalto sia, in effetti, proseguito anche dopo l'avvenuta dichiarazione di fallimento dell'appaltatore. Ove, ad esempio, risultasse che il curatore del fallimento abbia continuato ad eseguire i rapporti contrattuali in essere, e dunque anche quello concernente i servizi di pulizie appaltati alla società fallita dalla committente con l'utilizzo di forza lavoro per l'espletamento della relativa attività lavorativa, diventerebbe arduo sostenere l'inapplicabilità del regime di solidarietà sancito dall'art. 29 co. 2 d.lgs. 276/2003. Ove,



viceversa, risultasse che i lavoratori hanno cessato di eseguire il servizio dato in appalto a seguito dell'intervenuto fallimento del loro datore di lavoro, sarebbe invece ben possibile resistere alle pretese retributive odiernamente avanzate posto che le medesime non troverebbero titolo nell'esecuzione del servizio dato in appalto e non potrebbe pertanto ritenersi configurabile la responsabilità solidale in capo al committente.

► **L'azione diretta ex art. 1676 c.c.:**

Accanto alla previsione dell'art. 29 del D.lgs. 276/2003, è poi da annoverare quanto disciplinato **dall'art. 1676 c.c.**, per cui *“coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda”*.

Posto ciò, pertanto, trascorso il termine di due anni dalla cessazione dell'appalto previsto dall'art. 29 del D.lgs. 276/2003, al lavoratore interessato dall'appalto resta in ogni caso possibile l'esercizio dell'**azione diretta ex art. 1676 c.c. nei confronti del committente, azione che consente di conseguire la retribuzione entro il limite del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui viene proposta la domanda**.

Si tratta, dunque, di un'azione eccezionale, concessa per una maggior tutela dei diritti dei lavoratori, esercitabile da qualsiasi dipendente dell'appaltatore (e non anche, quindi, dai collaboratori legati da un rapporto di *lavoro autonomo*) nei confronti di un soggetto (il committente), che, pur estraneo al rapporto di lavoro, si è avvalso del risultato della prestazione dello stesso. Non è previsto alcun limite di carattere temporale per tale azione (ovvero vale il termine di prescrizione ordinario dei 5 anni), ma soltanto un **limite di carattere “quantitativo”**.

Resta, poi, in ogni caso, ferma l'azione del lavoratore nei confronti direttamente dell'appaltatore.

Quanto all'ambito di applicazione, l'art. 1676 c.c. ricomprende tanto gli appalti privati, quanto quelli pubblici, mentre, sotto il profilo del soggetto passivo dell'obbligazione, tale disposizione si riferisce a tutti i committenti, compresi anche quelli che non svolgono attività d'impresa o professionale.

Condizione dell'azione ex art. 1676 c.c. è l'esistenza di un credito dell'appaltatore verso il committente in relazione al compimento dell'opera o servizio oggetto dell'appalto (oltre, che, ovviamente, la sussistenza di un credito di lavoro in capo al dipendente).

Inoltre, se dopo la proposizione dell'azione *de qua* il committente corrisponde quanto dovuto all'appaltatore, il committente non è, comunque, liberato dall'obbligazione verso gli ausiliari dell'appaltatore.
