

**2017, fascicolo 1
(Estratto)**

Chiara Colosimo

**Appunti sulla inarrestabile metamorfosi della
responsabilità solidale negli appalti**

30 ottobre 2017

Appunti sulla inarrestabile metamorfosi della responsabilità solidale negli appalti

Chiara Colosimo
Giudice della Sezione Lavoro
del Tribunale Ordinario di Milano

Abstract

L'art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003, che regola la responsabilità solidale di committenti e subappaltatori per crediti retributivi e contributivi, è una delle disposizioni più travagliate dell'ultimo decennio. Quella attualmente in vigore, risultato di oltre sei novelle intervenute per la maggior parte nell'ultimo lustro, si presenta quale norma oltremodo complessa, destinata a regolamentare tanto profili sostanziali quanto processuali. Nel prossimo futuro, tuttavia, il contenzioso non potrà che essere disciplinato dalla disposizione previgente (così modificata dall'art. 4, co. 31, lett. a) e b) Legge 92/2012) che non ha mancato di sollevare, e ancora presenta, molteplici criticità soprattutto di ordine processuale. Il presente lavoro affronta le principali problematiche di questa norma ibrida, avendo cura di esaminare non solo le questioni processuali preliminari più tipiche, ma anche le peculiarità derivanti dall'intersecarsi di molteplici posizioni giuridiche contrapposte. L'esame si completa con l'approfondimento riservato al capitolo della responsabilità solidale delle Pubbliche Amministrazioni.

One of the most troubled arrangements of the last decade is the Article 29, sub. 2 of Legislative Decree 276/2003, regulating solidarity responsibility of clients and subcontractors for salary and contributory credits. The one currently in force, the result of over six novels, most of which occurred in the last five years, is a very complex rule. However, in the next future, the litigation can only be governed by the previous provision (as amended by Article 4, paragraph 31, letter a) and b) Law 92/2012) which has not failed to raise, and still presents, multiple critical issues, especially of a procedural nature. This paper also addresses the main issues of this hybrid rule, considering not only the most typical multiple preliminary procedural topics, but also the peculiarities arising from the multiple opposed legal positions. The assessment is completed with the in-depth analysis dealt in the Public Administrations solidarity responsibility chapter.

Sommario

1. Premessa. - 2. Le questioni – *rectius* “complicazioni” – preliminari di una norma ibrida. - 3. Le principali problematiche processuali dell’art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003 “intermedio”- 4. Della decadenza e della natura retributiva dei crediti garantiti. 5. Il capitolo della responsabilità solidale della Pubblica Amministrazione. - 5.1. La definizione dell’ambito di efficacia temporale. - 5.2. La delimitazione dell’ambito soggettivo. – 6. Brevi considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Accostarsi allo studio della disciplina della responsabilità solidale negli appalti delineata dall’art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003 significa doversi confrontare con le molteplici modifiche che l’hanno interessata.

Si tratta, infatti, di una delle disposizioni più travagliate dell’ultimo decennio.

Per come originariamente pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, la norma si limitava a disporre “*in caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l’appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell’appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti*”.

Quella attualmente in vigore è una previsione ben più articolata – che segue, peraltro, una versione ancor più complessa sotto il profilo sostanziale e processuale – che prevede “*in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l’appaltatore, nonché 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, nonché 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 che ha eseguito il pagamento è tenuto, ove previsto, ad assolvere gli obblighi del sostituto d’imposta ai sensi delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e può esercitare l’azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali*”.

Il vigente assetto normativo è il risultato di reiterati interventi legislativi: l'originario comma secondo è stato sostituito dall'art. 6, co. 1, D. Lgs. 251/2004¹, dall'art. 1, co. 911, Legge 296/2006², n. 296, dall'art. 21, co. 1, D.L. 5/2012 (convertito, con modificazioni, in Legge 35/2012)³, dall'art. 4, co. 31, lett. a) e b), Legge 92/2012⁴, dall'art. 28, co. 2, D. Lgs. 175/2014⁵ e, infine, modificato dall'art. 2, co. 1, lett. a) e b), D.L. 25/2017 (convertito, senza modificazioni, in Legge 49/2017)⁶.

Deve rammentarsi che, a norma dell'art. 9, co. 1, D.L. 76/2013, convertito con modificazioni in Legge 99/2013, le disposizioni di cui all'art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003 trovano applicazione anche in relazione ai compensi e agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo.

La disciplina in commento, infine, si completa con la seconda parte dell'art. 9, co. 1, D.L. 76/2013 che ha previsto che *“le medesime disposizioni non trovano applicazione in relazione ai contratti di*

¹ All'articolo 29 del decreto legislativo, il comma 2 è sostituito dal seguente: «2. *Salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti.*».

² L'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è sostituito dal seguente: “2. *In caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti?*”.

³ L'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è sostituito dal seguente: “2. *In caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché 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, nonché 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. Ove convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore, il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di entrambi gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore. L'eccezione può essere sollevata anche se l'appaltatore non è stato convenuto in giudizio, ma in tal caso il committente imprenditore o datore di lavoro deve indicare i beni del patrimonio dell'appaltatore sui quali il lavoratore può agevolmente soddisfarsi. Il committente imprenditore o datore di lavoro che ha eseguito il pagamento può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali?*”.

⁴ All'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo periodo sono premesse le seguenti parole: «*Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti,*»; b) i periodi dal secondo al quinto sono sostituiti dai seguenti: «*Il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può 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 responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può 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 può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali.*».

⁵ All'articolo 29, comma 2, ultimo periodo, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, dopo le parole: «*Il committente che ha eseguito il pagamento*» sono inserite le seguenti: «*è tenuto, ove previsto, ad assolvere gli obblighi del sostituto d'imposta ai sensi delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e*».

⁶ All'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo periodo, le parole: «*Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti,*» sono soppresse; b) il secondo, il terzo e il quarto periodo sono soppressi.

appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. 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?

Come si avrà modo di osservare, l'applicazione di questa travagliata disposizione ha presentato severe criticità soprattutto in ordine al precipitato delle innovazioni legislative sul rapporto processuale tra i soggetti coinvolti nella filiera.

La ragione del continuo intervento del Legislatore può ben comprendersi ove si rifletta sul fatto che si tratta di una previsione destinata a porre a carico di soggetti estranei al rapporto di lavoro obbligazioni fondamentali del rapporto stesso a fronte della sussistenza di condizioni meramente oggettive: una norma che tratteggia un'ipotesi di responsabilità solidale destinata ad avere ricadute sostanziali oltremodo rilevanti nelle relazioni commerciali e imprenditoriali e che rappresenta, talvolta, un ostacolo alle stesse.

In un simile contesto, ancor più in una realtà socio-economica caratterizzata dalla scarsità di risorse e da una generale crisi delle relazioni industriali, la ricerca dell'equilibrio tra i contrapposti interessi è quanto mai complessa e critica. Proprio nella criticità degli equilibri economici e sociali generati dal fenomeno in esame, tuttavia, deve essere ricercata la *ratio* della disciplina di cui si discute.

Come osservato dal Parlamento Europeo nella risoluzione dell'11 luglio 2007⁷, *“oggi giorno in molte industrie il processo produttivo assume la forma di una catena di produzione frammentata che si è allungata ed estesa formando una catena logistica (in senso sia orizzontale che verticale) e una catena di valore a carattere economico-produttivo con determinati compiti o funzioni specialistiche che vengono spesso <esternalizzati> a piccole imprese o a lavoratori autonomi”*, inoltre *“il subappalto e l'outsourcing verso imprese indipendenti non genera indipendenza”*, ma crea *“squilibri economici e sociali tra i lavoratori e potrebbe scatenare una corsa al ribasso delle condizioni di lavoro”*⁸.

Sulla base di tali rilievi, il Parlamento Europeo ha ritenuto di accogliere *“favorevolmente il fatto che otto Stati membri (Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Italia, Paesi Bassi e Spagna) abbiano dato una risposta ai problemi legati agli obblighi dei subappaltatori in qualità di datori di lavoro attraverso la*

⁷ *“Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo”* nella quale si affermava che il *“sistema di responsabilità congiunta e solidale dei contraenti principali nei confronti degli obblighi dei loro subappaltatori incoraggia i contraenti principali a garantire il rispetto della legislazione del lavoro da parte dei loro partner commerciali”*.

⁸ Considerando F, G, I e J.

definizione di meccanismi nazionali di responsabilità e incoraggia gli altri Stati membri a valutare l'introduzione di soluzioni analoghe", con l'auspicio che la Commissione definisse "uno strumento giuridico comunitario chiaro, che introduca la responsabilità solidale a livello comunitario"⁹.

2. Le questioni – *rectius* "complicazioni" – preliminari di una norma ibrida.

Sotto il profilo temporale, i continui interventi del Legislatore pongono in primo luogo all'interprete un evidente problema di coordinamento in tutti quei casi in cui i crediti azionati in giudizio sono maturati in un periodo anteriore a quello di entrata in vigore delle novelle legislative.

A seguito dell'introduzione del beneficio della preventiva escussione e della previsione del litisconsorzio necessario tra i soggetti della filiera, si sono registrati due distinti orientamenti.

Un primo orientamento guardava alle norme processuali di cui all'art. 29 D. Lgs. 276/2003 come a un *unicum* rispetto alla disciplina sostanziale: ragionando sulla strumentalità del litisconsorzio necessario rispetto al beneficio della preventiva escussione, applicava il regime processuale in vigore al tempo del sorgere del credito del lavoratore¹⁰. L'orientamento opposto riteneva di dover più semplicemente scindere il piano sostanziale da quello processuale, disciplinando il primo secondo le regole in vigore al tempo in cui i crediti retributivi o contributivi erano sorti, e il secondo in virtù del principio *tempus regit actum*: applicando, dunque, le nuove regole processuali a tutti i giudizi introdotti in epoca successiva alla novella, indipendentemente dalla data di maturazione del diritto di credito.

Avuto specifico riguardo alle modifiche introdotte con l'art. 21, co. 1, D.L. 5/2012 (convertito con modificazioni in Legge 35/2012) e l'art. 4, co. 31, lett. a) e b), Legge 92/2012, la questione era destinata a trovar soluzione nel fisiologico scorrere del tempo. Infatti, in ragione

⁹ Risoluzione del 26 marzo 2009.

¹⁰ Il Tribunale di Voghera, con sentenza 14 novembre 2012, ha affrontato espressamente questa peculiare questione osservando: "le leggi sopravvenute nulla hanno previsto circa l'ambito di efficacia temporale delle nuove norme. In assenza di previsioni di diverso tenore vale quindi, in relazione a dette norme, il principio generale di irretroattività sancito dall'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, secondo cui la nuova legge "non dispone che per l'avvenire". Secondo il prevalente orientamento della Suprema Corte tale principio implica che "la legge nuova può applicarsi ad effetti non ancora esauriti di un rapporto giuridico sorto anteriormente, quando essa sia diretta a disciplinare tali effetti, con autonoma considerazione dei medesimi, indipendentemente dalla loro correlazione con l'atto o fatto giuridico che li abbia generati" (cfr. Cass. 16 aprile 2008 n. 9972; Cass. 5 aprile 2000 n. 4221; Cass. 12 ottobre 1972 n. 3018; Cass. 29 gennaio 1973 n. 271; Cass. 1 giugno 1976 n. 1965). Nel presente caso i rapporti giuridici oggetto di controversia erano definitivamente cessati prima dell'entrata in vigore della novella legislativa di cui al d.l. 9 febbraio 2012 n. 5, convertito in legge 4 aprile 2012 n. 35, che ha introdotto il beneficio della preventiva escussione dei beni dell'appaltatore: tanto i rapporti di lavoro tra i ricorrenti e Z, quanto l'esecuzione dell'appalto da parte di quest'ultima, infatti, hanno avuto termine il 28 febbraio 2011, ed anche gli effetti di tali rapporti giuridici erano esauriti prima dell'entrata in vigore delle nuove norme. Ne deriva che, nella presente fattispecie, trova applicazione l'art. 29, comma 2, d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 nel testo anteriore alle modifiche introdotte dalla novella anzidetta: non opera, quindi, il beneficio della preventiva escussione, invocato tanto da X quanto da Y".

del regime decadenziale previsto in materia, le possibilità di scissione temporale tra maturazione del credito e disciplina processuale di riferimento parevano destinate a esaurirsi progressivamente.

Senonché, come anticipato, la norma ha subito una ulteriore modifica con l'art. 2, co. 1, lett. a) e b), D.L. 25/2017, convertito senza modificazioni dalla Legge 49/2017, che ha soppresso la parte della disposizione che stabiliva *“il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può 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 responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori?”*.

L'intervento normativo è destinato a far risorgere l'originario contrasto.

Chi ha ritenuto, sin dal principio, di guardare al beneficio della preventiva escussione nella sua essenza di norma sostanziale – rispetto alla quale il litisconsorzio delineato dall'art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003 si poneva in un rapporto servente, di pura strumentalità – non potrà che dare alla novella legislativa un'applicazione limitata ai contratti di appalto stipulati dopo la sua entrata in vigore. Il beneficio della preventiva escussione, infatti, era garanzia introdotta a tutela della posizione del committente, e non può revocarsi in dubbio che la possibilità di avvalersi di questa peculiare forma di tutela fosse naturalmente destinata a incidere sugli equilibri del contratto tra committente e appaltatore.

Per contro, quanti hanno ritenuto di concentrare la propria attenzione sulle ricadute prettamente processuali delle disposizioni soppresse (sul giudizio di merito, quanto alle problematiche inerenti al litisconsorzio; sul giudizio di esecuzione, quanto alla possibilità di eccepire il beneficio della preventiva escussione) non potranno che confermare l'applicazione della regola *tempus regit actum*.

Questione preliminare che non ha mancato di presentare criticità oltremodo peculiari è anche quella relativa all'individuazione dell'Autorità Giudiziaria territorialmente competente.

Soprattutto a seguito dell'introduzione del litisconsorzio necessario, si è registrato il tentativo di ottenere l'applicazione dell'art. 33 c.p.c. nella parte in cui dispone che *“le cause contro più persone che a norma degli articoli 18 e 19 dovrebbero essere proposte davanti a giudici diversi, se sono connesse per*

l'oggetto o per il titolo possono essere proposte davanti al giudice del luogo di residenza o domicilio di una di esse, per essere decise nello stesso processo”.

Nei giudizi caratterizzati dal contraddittorio tra appaltatore e committente, l'art. 33 c.p.c. è stato invocato quale disposizione idonea a derogare alla competenza territoriale dei fori speciali previsti per il rito del lavoro, sul presupposto che simili fattispecie dovrebbero essere disciplinate in ragione del criterio residuale di cui all'art. 413, co. 7, c.p.c.¹¹: meccanismo che consentirebbe di dar luogo a una sorta di “competenza aggiuntiva” in considerazione della sede legale dei committenti o dei subappaltatori.

Sul punto, la Corte di Cassazione ha affermato che, *“nel caso in cui il lavoratore agisca nei confronti di due o più datori di lavoro che si sono succeduti nel tempo a seguito di cessione dell'appalto di opere o servizi, per far valere l'illegittimità della trattenuta sulla retribuzione effettuata a titolo di trattamento di fine rapporto o di indennità di mancato preavviso, può convenire ciascun datore di lavoro anche nel foro generale delle persone fisiche o nel foro generale delle persone giuridiche - pur se l'art. 413, VII comma, cod. proc. civ. fa riferimento solo al primo di essi - quando la connessione tra le varie domande proposte ecceda il mero cumulo soggettivo tra cause previsto dall'art. 33 cod. proc. civ. e integri una più intensa ipotesi di connessione, assimilabile a quelle di cui all'art. 31 cod. proc. civ. ovvero dall'art. 331 cod. proc. civ. pur non vertendosi in ipotesi di litisconsorzio”*¹².

È un orientamento, tuttavia, che concerne una controversia relativa all'applicazione della disposizione previgente rispetto a quella novellata dall'art. 21, co. 1, D.L. 5/2012 (convertito con modificazioni in Legge 35/2012) e dall'art. 4, co. 31, lett. a) e b), Legge 92/2012 e al quale, avuto specifico riguardo al successivo quadro normativo, non pare possibile aderire.

Nell'imporre che il committente dovesse essere *“convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori”*, il Legislatore ha guardato alla necessità di rendere parte dei giudizi *ex art. 29 D. Lgs 276/2003* il debitore principale – ossia, il datore di lavoro – in quanto unico soggetto in grado di instaurare un sostanziale contraddittorio nell'accertamento dei crediti del lavoratore.

Considerato che si tratta di un accertamento che ha ad oggetto l'adempimento delle principali obbligazioni del rapporto di lavoro, non si ritiene che lo stesso possa essere sottratto agli inderogabili criteri di competenza territoriale previsti dal rito speciale (art. 413 c.p.c.).

La stessa Corte di Cassazione, d'altronde, seppur in relazione alla fattispecie di cui all'art. 1676 c.c., ha avuto modo di affermare che, *“in tema di competenza territoriale, ove venga*

¹¹ *“Qualora non trovino applicazione le disposizioni dei commi precedenti, si applicano quelle dell'articolo 18”.*

¹² Cass. Civ., Sez. Lav., 31 luglio 2013, n.18384; in questo senso anche Cass. Civ., Sez. VI, 6 febbraio 2017, n. 3086.

simultaneamente proposta azione nei confronti dell'appaltatore - datore di lavoro con condanna, in solido, ex art. 1676 cod. civ., degli enti committenti, e le domande non si limitino a pretendere il pagamento delle retribuzioni dovute per le prestazioni eseguite, investendo, come nella specie, il corrispettivo rispetto alla qualifica contrattuale, all'orario di servizio, ecc., quanto dovuto per tali titoli costituisce l'oggetto della domanda rivolta al datore di lavoro e solo in seguito a tale accertamento nei confronti del datore di lavoro, all'esito del quale si cristallizza la pretesa, ovvero al momento successivo alla definizione del rapporto controverso, sorge la responsabilità sussidiaria, ancorché solidale, dei restanti chiamati i quali ne subiscono, anche sotto il profilo processuale della competenza, gli effetti. Peraltro tra i soggetti evocati sussiste soltanto un litisconsorzio processuale, ed eventuale, stante la posizione sussidiaria e meramente accidentale dei terzi, nei cui confronti si svolge una domanda autonoma”¹³.

Medesimo accertamento caratterizza le azioni promosse ex art. 29 D. Lgs. 276/2003 poiché, anche in questo caso, l'accertamento della sussistenza del credito nei confronti del datore di lavoro/appaltatore è presupposto logico-giuridico – in uno con l'esistenza del contratto di appalto – dell'accertamento della responsabilità solidale degli altri soggetti della filiera. Peraltro, analogo accertamento è necessario ai fini della verifica del corretto adempimento da parte del datore di lavoro dell'obbligazione contributiva, così come emergente dalle buste paga in possesso del dipendente.

In merito alla richiamata pronunzia della Corte di Legittimità sugli artt. 31 e 33 c.p.c.¹⁴, si ritiene che si debba anche tener conto del rapporto tra foro generale (artt. 18 e 19 c.p.c.) e fori speciali (art. 413 c.p.c.) per come delineato dalla disciplina codicistica: se i primi prevedono l'applicabilità “*salvo che la legge disponga altrimenti*” e l'art. 413, co. 7, c.p.c. trova applicazione “*qualora non trovino applicazione le disposizioni dei commi precedenti*”, non pare esservi motivo di derogare ai criteri di cui all'art. 413 c.p.c. ogni volta in cui venga convenuto in giudizio il datore di lavoro quale legittimato passivo principale del giudizio di accertamento e condanna.

Avuto specifico riguardo al tema della legittimazione attiva, deve rammentarsi che la norma dispone che il committente e gli altri obbligati solidali sono tenuti “*a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti*”: stante il tenore della norma, non può revocarsi in dubbio che gli unici soggetti legittimati siano i lavoratori titolari dei diritti di credito e gli Enti Previdenziali e Assicurativi cui debbono essere versati i contributi¹⁵. Deve escludersi, per contro, che l'art. 29

¹³ Cass. Civ., Sez. Lav., 28 settembre 2005, n.18913.

¹⁴ Cass. Civ., Sez. Lav., 31 luglio 2013, n.18384, cit.

¹⁵ Sull'azione esperibile dagli Enti Previdenziali – tema oltremodo complesso che non può essere oggetto di approfondimento in questa sede – merita di essere accennata la problematica sorta in ordine alle azioni promosse dall'INPS

D. Lgs. 276/2003 possa essere autonomamente invocato da uno dei condebitori solidali per agire nei confronti degli altri condebitori e ottenere da questi ultimi, in tutto o in parte, il pagamento del dovuto.

Ultima questione a portata generale che merita di essere richiamata in premessa è quella che attiene al riparto degli oneri probatori.

Trattandosi di presupposti costitutivi dell'azione, grava sul lavoratore ricorrente l'onere di dimostrare l'esistenza del contratto di appalto posto a fondamento dell'azione, l'assegnazione ad attività che rientrano nell'ambito dello stesso, così come il periodo di svolgimento della prestazione¹⁶. A fronte dell'eccezione di decadenza, sarà parimenti onere del lavoratore provare la tempestività dell'azione.

Per il resto, il riparto degli oneri probatori segue le regole correlate alla struttura del rapporto di lavoro: grava sulla parte datoriale l'onere di provare il puntuale adempimento delle proprie obbligazioni, grava sul prestatore l'onere di provare la ricorrenza di quei fatti (orario di lavoro differente, svolgimento di mansioni superiori, etc.) che possono fondare pretese ulteriori rispetto a quelle discendenti dal rapporto per come formalizzato.

nei confronti degli obbligati solidali, non per omissioni contributive relative a rapporti regolarizzati, ma per omissioni contributive conseguenti ad accertamenti d'ufficio compiuti dai servizi ispettivi dell'Ente e conclusi con la riqualificazione della natura dei rapporti o con l'accertamento di rapporti in nero.

È noto che, secondo un costante orientamento della Corte di Cassazione, *“per i crediti derivanti da omesso versamento dei contributi previdenziali e/o assistenziali, costituiscono prove idonee ai fini della emissione del decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 635, comma secondo cod. proc. civ., sia l'attestazione del direttore della sede provinciale dell'ente creditore (nella specie, l'INAIL) sia i verbali di accertamento redatti dall'Ispettorato del lavoro e i verbali di accertamento degli ispettori dell'INAIL, che possono fornire utili elementi di valutazione anche nell'eventuale, successivo giudizio di opposizione pur non essendo forniti di completa efficacia probatoria, in ordine alle circostanze di fatto che essi segnalino di aver accertato nel corso dell'inchiesta per averle apprese da terzi”*. Orbene, l'Ente Previdenziale ha spesso ritenuto di agire in via monitoria producendo, quale prova scritta contro i debitori solidali, proprio l'attestazione del funzionario in ordine alla sussistenza credito contributivo per come verificato all'esito degli accertamenti ispettivi. Sennonché, in virtù dei richiamati principi, deve ritenersi che il verbale di accertamento costituisca prova qualificata con esclusivo riferimento alle *circostanze di fatto* accertate (anche se apprese da terzi), ma non sulle *deduzioni giuridiche* che gli stessi ispettori fanno derivare dall'accertamento medesimo.

L'efficacia qualificata di un simile accertamento, peraltro, deve essere a priori esclusa nei confronti di soggetti terzi estranei allo stesso. L'art. 635, co. 2, c.p.c., difatti, nel rimandare ai *“rapporti indicati nell'art. 459”* (ora art. 442 c.p.c.), si riferisce ai *“procedimenti relativi a controversie derivanti dall'applicazione di norme riguardanti le assicurazioni sociali, gli infortuni sul lavoro, le malattie professionali, gli assegni familiari, nonché ogni altra forma di previdenza e di assistenza obbligatorie...”*: si tratta, quindi, di una norma che presuppone l'esistenza di un rapporto contributivo tra datore di lavoro ed Ente, rapporto che non è ravvisabile nei confronti dei debitori solidali.

¹⁶ D'altronde, *“la logica della solidarietà tra l'appaltatore ed il committente sancita dall'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, che garantisce il lavoratore circa il pagamento dei trattamenti retributivi dovuti in relazione all'appalto cui ha personalmente dedicato le proprie energie lavorative, nonché il dato testuale della norma, che fa riferimento al periodo di esecuzione del relativo contratto, impongono di ritenere che la solidarietà sussiste solo per i crediti maturati con riguardo al periodo del rapporto lavorativo coinvolto dall'appalto stesso, con esclusione di quelli sorti in altri periodi, ed il termine biennale dalla cessazione dell'appalto previsto dalla suddetta disposizione ha natura di termine di decadenza per la proposizione dell'azione giudiziale per i crediti per i quali vi sia tale possibilità”* (Cass. Civ., Sez. Lav., 18 luglio 2017, n. 17725). Ancora, *“in tema di controversie in materia di lavoro, quando sussistono entrambe le condizioni previste dall'art. 1676 c.c. e dall'art. 29, comma 2, d.lgs. 276/2003, va dichiarata l'esistenza di un credito maturato per prestazioni di lavoro svolte alle dipendenze dell'appaltatore (o subappaltatore) e la riferibilità delle prestazioni, in relazione alle quali è sorto il credito retributivo, all'esecuzione dell'appalto per il riconoscimento della responsabilità solidale del committente”* (Tribunale di Bologna, 26 luglio 2017).

3. Le principali problematiche processuali dell'art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003 "intermedio".

Approcciarsi allo studio dell'art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003 muovendo dal presupposto della sua essenza di norma sostanziale significa ammettere che la materia dovrà intendersi regolata – quantomeno nel futuro più prossimo – più che dalla disposizione attualmente in vigore¹⁷, ancora da quella previgente ("intermedia"¹⁸), dovendosi in proposito far riferimento alla data di stipula del contratto di appalto in funzione del quale la prestazione lavorativa è stata resa e non soltanto all'epoca in cui i crediti sono sorti.

La norma "intermedia" è, senza dubbio, quella contraddistinta dalle maggiori peculiarità di ordine processuale, prevalentemente circoscritte nel periodo centrale del comma secondo ove si dispone che *"il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori"*, che *"il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori"*, e che *"il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori"*.

Dunque, in occasione delle modifiche più recenti, si è stabilito che il committente imprenditore o datore di lavoro deve essere convenuto in giudizio *"unitamente"* agli altri soggetti coinvolti nella filiera di appalto: si tratta di un'ipotesi di litisconsorzio necessario che, nella fase preliminare del giudizio, impone al giudice di verificare che siano stati convenuti tutti i soggetti coinvolti in uno specifico appalto, indipendentemente dalle domande che le parti resistenti possono eventualmente svolgere nei confronti di terzi chiedendone la chiamata in giudizio.

La previsione del litisconsorzio necessario solleva una molteplicità di problematiche che, allo stato, non risultano del tutto risolte.

In primo luogo, merita senz'altro una riflessione il rapporto tra procedimento monitorio e procedimento ordinario.

In passato, non vi era dubbio circa la possibilità per il lavoratore di agire con ricorso per decreto ingiuntivo per ottenere l'emissione di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo direttamente, ed esclusivamente, nei confronti del committente. L'unica condizione dell'azione così promossa era che il prestatore fosse in grado di dimostrare – con idonea documentazione

¹⁷ Ossia per come novellata dall'art. 2, co. 1, lett. a) e b), D.L. 25/2017, convertito senza modificazioni dalla Legge 49/2017.

¹⁸ Versione per come modificata dall'art. 4, co. 31, lett. a) e b), Legge 92/2012.

– l'esistenza dell'appalto tra committente e datore di lavoro, in uno con il periodo di assegnazione allo stesso.

L'introduzione del litisconsorzio necessario, tuttavia, ha imposto un ripensamento: da un lato, in presenza di una catena composta da più subappaltatori, non si ritiene più possibile l'emissione di un decreto ingiuntivo nei soli confronti di uno dei soggetti coinvolti; dall'altro, deve dubitarsi che il decreto ingiuntivo possa ancora essere emesso provvisoriamente esecutivo.

Se la norma dispone che l'accertamento deve essere compiuto, necessariamente, nell'ambito di un procedimento che vede convenuti tutti i soggetti interessati dalla filiera di appalto, non può ammettersi che il vincolo normativo possa essere eluso dal lavoratore semplicemente operando una scelta processuale – quella dell'azione per decreto ingiuntivo – caratterizzata, peraltro, dall'emanazione di un provvedimento in assenza di contraddittorio.

La previsione del litisconsorzio necessario, inoltre, è strumentale e direttamente funzionale all'operatività della seconda parte della norma, ove il Legislatore consente al committente imprenditore di eccepire il beneficio della preventiva escussione dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori soltanto nell'ambito del giudizio di merito e, peraltro, in fase di costituzione.

Nel caso della procedura monitoria, la prima occasione per il committente di eccepire il beneficio della preventiva escussione non potrebbe che essere il giudizio di opposizione, ma la previsione normativa verrebbe svuotata di efficacia qualora l'azione per decreto ingiuntivo consentisse al lavoratore di munirsi di un titolo provvisoriamente esecutivo: il committente diventerebbe potenziale destinatario dell'esecuzione prima di poter, materialmente e giuridicamente, avvalersi della facoltà di legge.

Una volta eccepito, il beneficio della preventiva escussione non determina nessuna particolare conseguenza nell'ambito del giudizio di merito: il giudice si limiterà a dare atto in sentenza del tempestivo esercizio della facoltà di legge, cristallizzando nel dispositivo l'accertamento del diritto e la condanna al pagamento di tutti gli obbligati solidali. Gli effetti dell'eccezione si produrranno nella successiva fase esecutiva atteso che *“l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori”*.

Quanto alla dimostrazione della *“infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore”*, l'orientamento prevalente della giurisprudenza di merito è quello di ritenere sufficiente, nel caso

di fallimento del datore di lavoro, attendere il piano di riparto della procedura e, negli altri casi, che il lavoratore dimostri di aver tentato infruttuosamente il pignoramento.

A seguito dell'introduzione litisconsorzio necessario, altri aspetti che debbono necessariamente essere considerati sono quelli relativi alle vicende processuali che coinvolgono i partecipanti della filiera e quelli propri dei rapporti interni tra i vari soggetti dell'appalto.

Sotto il profilo della domanda, deve ritenersi esclusa la possibilità per il lavoratore-creditore di frazionare soggettivamente le proprie pretese, azionando in tempi diversi le medesime domande nei confronti di soggetti differenti.

È evenienza tutt'altro che rara soprattutto avuto riguardo alla posizione del datore di lavoro e nelle cause in cui le parti convenute restano contumaci. Può accadere infatti che, in un giudizio promosso nei soli confronti di quest'ultimo, le allegazioni e le deduzioni della parte ricorrente non consentano al giudicante di avvedersi dell'esistenza di una catena di appalti e subappalti e che, conseguentemente, la decisione sia erroneamente assunta nei confronti di una sola parte dei soggetti coinvolti nella filiera.

In siffatte ipotesi, tuttavia, deve ritenersi preclusa al lavoratore la possibilità di agire in un momento successivo nei confronti dei soggetti intermedi in quanto, diversamente argomentando, si ammetterebbe l'ingresso di condotte processuali volte a vanificare a priori la portata e la *ratio* dell'introduzione del litisconsorzio necessario. In proposito, il Tribunale di Milano ha avuto modo di osservare come, azionando “*in tempi diversi la medesima domanda nei confronti di soggetti diversi, tutti solidalmente responsabili*, [la parte ricorrente abbia] *reso di fatto impossibile quell'unitarietà di giudizio che, oggi, l'ordinamento impone*”¹⁹.

Sotto un profilo propriamente soggettivo, merita una riflessione la vicenda del fallimento che coinvolga uno dei soggetti della filiera, questione rispetto alla quale si è registrata una importante evoluzione nel contrasto e negli orientamenti della giurisprudenza di merito²⁰.

In un primo momento, infatti, si era prevalentemente ritenuto che il litisconsorzio necessario non consentisse la prosecuzione del procedimento innanzi al giudice del lavoro in ragione della ritenuta impossibilità, da un lato, di celebrare il giudizio in assenza di una parte e, dall'altro lato, di operare nei confronti del soggetto fallito un accertamento evidentemente funzionale alla sola condanna al pagamento preclusa, tuttavia, alla competenza lavoristica²¹. Fallito un soggetto della filiera di appalto, dunque, il giudizio veniva interrotto nei confronti di tutti i convenuti

¹⁹ Tribunale di Milano, 23 ottobre 2013.

²⁰ Il riferimento è, in via prevalente, alla giurisprudenza del Tribunale di Milano.

²¹ Tribunale di Milano, 24 novembre 2013.

litisconsorti necessari, con la previsione che l'eventuale successiva riassunzione nei confronti del fallimento e degli altri litisconsorti non potesse che rientrare nella competenza esclusiva del Tribunale Fallimentare.

Le pronunce ponevano l'accento sul carattere inevitabilmente unitario del giudizio delineato dal rinnovato art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003, proprio in quanto caratterizzato dal litisconsorzio necessario degli obbligati solidali, nel quale il Giudice era chiamato ad accertare “*la responsabilità solidale di tutti gli obbligati?*”: un accertamento che, tuttavia, si riteneva precluso al giudice del lavoro ove rivolto nei confronti di un fallimento in quanto proprio della competenza funzionale ed esclusiva del giudice fallimentare.

L'orientamento in esame era considerato l'unico idoneo a garantire la piena tutela di tutti i creditori della massa fallimentare, consentendo un accertamento unitario dei debiti del fallimento, nel pieno rispetto del principio della *par condicio creditorum* e in ossequio alle pronunzie del Supremo Collegio secondo cui “...*devono, però, ritenersi collegate alla procedura non soltanto le controversie che derivano direttamente dalla stessa e si basano su di essa, ma anche quelle che sono destinate comunque ad incidere sulla procedura concorsuale e come tali debbono necessariamente essere esaminate nell'ambito di quest'ultima per assicurarne l'unità e per garantire la parità tra i creditori...*”²².

Oggi è possibile individuare due diverse posizioni.

Da un lato, vi è chi ritiene che la vicenda fallimentare non sia destinata a incidere sulla regolazione sostanziale dei rapporti tra gli altri debitori solidali: la parte fallita, sia esso l'appaltatore o un altro soggetto della filiera, resta parte necessaria ai soli fini dell'integrità del contraddittorio, senza che possa operare il meccanismo dell'improcedibilità dell'azione nei confronti del soggetto fallito e la *vis attractiva* del Tribunale Fallimentare. Che il fallimento intervenga prima o durante il giudizio, il soggetto fallito è o diviene (eventualmente a seguito di riassunzione *post* interruzione) parte del giudizio in una prospettiva di pura *litis denuntiatio*, senza che possa essere pronunciata nei suoi confronti alcuna sentenza di condanna.

Dall'altro lato, vi è chi ritiene che il fallimento determini una scissione del vincolo processuale in quanto si tratterebbe di una peculiare forma di litisconsorzio di matrice prettamente legale, strumentale all'accertamento dei crediti e alla previsione del beneficio della preventiva escussione, ma del tutto avulso dalla natura sostanziale degli interessi coinvolti: in caso di fallimento, dunque, il giudizio può essere instaurato o essere riassunto nei confronti dei soli soggetti *in bonis*.

²² Cass. Civ., Sez. Lav., 9 ottobre 2006, n. 21634, ordinanza.

4. Della decadenza e della natura retributiva dei crediti garantiti.

Questioni di ordine sostanziale che continuano a non avere una compiuta definizione sono, altresì, quella della decadenza e quella della individuazione dei crediti riconducibili alla disciplina in esame.

In punto di decadenza, il contrasto giurisprudenziale attiene all'idoneità o meno a impedirle di eventuali atti di messa in mora stragiudiziali: vi è, infatti, chi ritiene che la stessa possa essere evitata solo con il deposito entro il termine di legge del ricorso introduttivo del giudizio, e chi afferma che qualsiasi atto di messa in mora consenta il perfezionamento dell'effetto legale.

I fautori del primo orientamento si sono normalmente concentrati sul fatto che l'art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003, oltre a prevedere il termine decadenziale biennale, ha sempre disciplinato anche gli aspetti processuali della materia. In senso opposto si sono pronunziati quanti hanno sottolineato che la norma non richiede espressamente la proposizione dell'azione giudiziale nel biennio della cessazione dell'appalto e hanno ritenuto, quindi, la richiesta stragiudiziale al committente idonea a impedire la decadenza²³.

In merito, la Corte di Cassazione ha affermato che *"...il termine biennale dalla cessazione dell'appalto previsto dalla suddetta disposizione ha natura di termine di decadenza per la proposizione dell'azione giudiziale per i crediti per i quali vi sia tale possibilità"*²⁴.

Quanto ai crediti riconducibili a questa peculiare ipotesi di tutela, il Supremo Collegio ha affermato che *"la locuzione "trattamenti retributivi" di cui all'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, dev'essere interpretata in maniera rigorosa, nel senso della natura strettamente retributiva degli emolumenti che il datore di lavoro risulti tenuto a corrispondere ai propri dipendenti"*²⁵. Il Giudice di Legittimità ha ritenuto, in questo modo, di escludere dalla nozione di retribuzione propriamente intesa le somme dovute per buoni pasto e indennità sostitutiva ferie, valutando invece di ricompredervi gli importi per riduzione orario di lavoro.

La pronunzia fa proprio un orientamento difforme da quello di una parte significativa della giurisprudenza di merito che, con specifico riferimento ai buoni pasto, ne aveva riconosciuto la natura sostanzialmente retributiva in ragione della continuità della corresponsione e della relazione di corrispettività rispetto alla prestazione lavorativa²⁶.

²³ Tribunale di Torino, 26 giugno 2015.

²⁴ Cass. Civ., Sez. Lav., 18 luglio 2017, n. 17725, cit.

²⁵ Cass. Civ., Sez. Lav., 19 maggio 2016, n. 10354.

²⁶ Il riferimento è, in via prevalente, alla giurisprudenza del Tribunale di Milano.

La stessa Corte di Cassazione, peraltro, aveva precedentemente avallato l'interpretazione volta a ricondurre nella disciplina in parola i crediti a titolo di indennità sostitutiva delle ferie non godute, osservando che *“l'indennità sostitutiva delle ferie non godute ha natura mista, sia risarcitoria che retributiva, sicché mentre ai fini della verifica della prescrizione va ritenuto prevalente il carattere risarcitorio, volto a compensare il danno derivante dalla perdita del diritto al riposo, cui va assicurata la più ampia tutela applicando il termine ordinario decennale, la natura retributiva, quale corrispettivo dell'attività lavorativa resa in un periodo che avrebbe dovuto essere retribuito ma non lavorato, assume invece rilievo quando ne va valutata l'incidenza sul trattamento di fine rapporto, ai fini del calcolo degli accessori o dell'assoggettamento a contribuzione”*²⁷.

5. Il capitolo della responsabilità solidale della Pubblica Amministrazione.

In occasione della penultimo intervento normativo, il Legislatore si è espressamente occupato della questione inerente all'applicabilità della previsione di cui all'art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003 alle Pubbliche Amministrazioni, tema oltremodo dibattuto e le cui criticità non possono ritenersi sopite.

In proposito, pare opportuno rammentare come sulla questione si fossero registrati due distinti orientamenti giurisprudenziali tesi, il primo, ad ammettere l'applicabilità della norma alle Pubbliche Amministrazioni e, il secondo, invece, a escluderla.

La riflessione di quanti ritenevano sussistere la responsabilità solidale del soggetto pubblico si concentrava sia sul tenore letterale della disposizione in commento sia sul complessivo impianto del Decreto Legislativo 276/2003 avuto anche riguardo alle previsioni della Legge delega.

Quanto all'art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003, si riteneva che il riferimento alternativo al committente *“imprenditore o datore di lavoro”* fosse tale da comprendere sia i soggetti aventi natura di impresa commerciale, sia i datori di lavoro di genere diverso; si osservava, peraltro, come la disposizione non contenesse nessuna esplicita limitazione circa la natura pubblica o privata del contratto di appalto intercorso fra datore di lavoro e committente.

Si riteneva poi, in ragione di un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata della previsione normativa con particolare riferimento all'art. 76 Costituzione, che l'art. 1, co. 2, D. Lgs. 276/2003 (*“il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale”*) non potesse essere interpretato nel senso di escludere dall'ambito applicativo dell'art.

²⁷ Cass. Civ., Sez. Lav., 29 gennaio 2016, n. 1757.

29 D. Lgs. 276/2003, tanto il personale delle Pubbliche Amministrazioni, quanto le Pubbliche Amministrazioni nella loro veste di committenti.

La Legge Delega 30/2003, infatti, aveva previsto all'art. 6 che *“le disposizioni degli articoli da 1 a 5”* non dovessero applicarsi *“al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate”*: disposizioni che riguardavano la revisione della disciplina dei servizi pubblici e privati per l'impiego, nonché in materia di intermediazione e interposizione privata nella somministrazione di lavoro (art. 1); il riordino dei contratti a contenuto formativo e di tirocinio (art. 2); la disciplina del lavoro a tempo parziale (art. 3); la disciplina delle tipologie di lavoro a chiamata, temporaneo, coordinato e continuativo, occasionale, accessorio e a prestazioni ripartite (art. 4); la certificazione dei rapporti di lavoro (art. 5). Per contro, l'art. 2 Legge 30/2003 aveva espressamente previsto l'applicazione, in via generale, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni delle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa. Pertanto, l'art. 6 veniva inteso quale deroga espressa alla disposizione e dettata dall'art. 2, quale specificazione dei casi nei quali le Pubbliche Amministrazioni dovevano ritenersi escluse dall'ambito applicativo della normativa prevista dalla legge delega medesima. Una prospettiva, questa, che induceva a ritenere che il Legislatore delegato fosse stato autorizzato a escludere l'applicazione della normativa oggetto di delega solo *“al personale delle pubbliche amministrazioni”* e non già alle Pubbliche Amministrazioni sotto il profilo soggettivo.

Sulla base di queste considerazioni, si riteneva che l'unica interpretazione corretta dell'art. 1, co. 2, D. Lgs. 276/2003, conforme a Costituzione, fosse quella volta a escludere dall'ambito applicativo del decreto, non già le Pubbliche Amministrazioni in quanto tali, bensì esclusivamente il personale alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni datrici di lavoro²⁸.

L'orientamento opposto si fermava al dato puramente testuale dell'art. 1, co. 2, D. Lgs. 276/2003 per escludere a priori l'applicazione dell'art. 29, co. 2, nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni²⁹.

Nel contrasto giurisprudenziale così delineato, è intervenuto il Legislatore con l'art. 9, co. 1, D.L. 76/2013 che ha stabilito che *“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 e agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo. Le medesime disposizioni non trovano applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche*

²⁸ Cfr. C.d.A. Torino, 22 settembre 2009, n. 949.

²⁹ Cfr. Tribunale di Milano, 14 ottobre 2008, *contra* Tribunale di Milano, 26 gennaio 2012. In questo senso anche C.d.A. Ancona, 13 ottobre 2014, n. 595.

amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. 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”.

La definizione dell'ambito di efficacia temporale e la delimitazione dei soggetti che ne sono destinatari sono gli aspetti di maggior criticità della norma.

5.1. La definizione dell'ambito di efficacia temporale

Quanto al primo profilo, una parte della dottrina e della giurisprudenza afferma che si tratta di una norma di interpretazione autentica e, come tale, destinata a operare *ex tunc*; non manca, tuttavia, chi sostiene che si tratti di una vera e propria novella legislativa destinata quindi a operare esclusivamente *ex nunc*.

Le conseguenze dell'adesione all'uno o all'altro orientamento sono di immediata percezione.

I sostenitori della tesi dell'interpretazione autentica si concentrano, in primo luogo, sul fatto che il Legislatore non ha modificato direttamente il testo dell'art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003, ma ha introdotto una previsione ad esso collegata, imponendo una lettura congiunta delle due norme: l'effetto della nuova disposizione sarebbe, quindi, quella di precisare gli ambiti di applicazione della vecchia.

Il rilievo, tuttavia, non pare dirimente in quanto nell'epoca moderna il Legislatore ha utilizzato più volte siffatta tecnica legislativa per interventi che nessun interprete ha dubitato fossero di innovazione e non di interpretazione, si pensi ad esempio alle previsioni introdotte con il Collegato Lavoro o con la Riforma Fornero: disposizioni che, solo in parte, sono state inserite e/o sostituite in modo sistematico nei corpi normativi preesistenti.

La necessità di procedere a una lettura combinata di due disposizioni, dunque, non è sufficiente per sostenere la natura interpretativa dell'art. 9, co. 1, D.L. 76/2013.

L'altro elemento su cui si concentra l'orientamento in esame sono i lavori preparatori nei quali vengono individuate espressioni che farebbero emergere la volontà di emanare una legge di interpretazione autentica. Tali sarebbero i rilievi ove si afferma che l'art. 9, co. 1, D.L. 76/2013 “*estende l'ambito di applicazione della responsabilità solidale... esclude dall'ambito della disciplina richiamate contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni... specifica che le eventuali clausole derogatorie contenute nei contratti collettivi abbiano effetto esclusivamente in relazione trattamenti retributivi*”. L'impiego dei verbi “estendere”, “escludere” e “specificare”, in uno con la scelta di non

intervenire direttamente sul testo dell'art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003, sarebbero espressione della volontà di precisare, nel senso di interpretare, le disposizioni del dettato normativo piuttosto che di predisporre una nuova norma.

L'approccio, tuttavia, non convince in quanto il soggetto dell'estendere, dell'escludere e dello specificare è, per l'appunto, proprio l'art. 9, co. 1, D.L. 76/2013.

Se l'art. 9, co. 1, D.L. 76/2013 *“estende”* l'ambito di applicazione della responsabilità solidale in relazione agli obblighi nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo, più che una specificazione dell'originario art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003, è un'estensione dello stesso. D'altronde, sarebbe errato dimenticare che copiosa giurisprudenza ha costantemente individuato il presupposto per l'applicazione della disposizione di cui all'art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003 nella sussistenza di un rapporto di lavoro di natura subordinata con l'appaltatore inadempiente.

Con specifico riferimento alla questione della solidarietà delle Pubbliche Amministrazioni, peraltro, è il tenore letterale dell'art. 9, co. 1, D.L. 76/2013 a non permettere di affermarne la natura interpretativa in quanto la norma parrebbe destinata a disporre per il presente: *“le medesime disposizioni non trovano applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”*.

Peraltro, considerato che il Decreto Legislativo 276/2003 prevedeva già, per i fautori della tesi più restrittiva, siffatta esclusione all'art. 1, co. 2 (*“il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni per il loro personale”*), mal si comprende come possa affermarsi la natura interpretativa della nuova disposizione in assenza di qualsivoglia riferimento alla previsione appena richiamata.

Da ultimo, innovativa pare essere anche la terza previsione contenuta nell'art. 9, co. 1, D.L.76/2013, che stabilisce che le disposizioni dei contratti collettivi 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”*. Tale limitazione non esisteva nell'art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003, e non può ritenersi che fosse sottintesa poiché i contratti collettivi erano contemplati – con portata evidentemente generale – nella prima parte della disposizione e non nella seconda in cui il Legislatore chiarisce che la solidarietà opera per i *“trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché 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”*.

Non vi è chi non veda, comunque, come l'esigenza di ricorrere all'esame dei lavori preparatori sia prova del fatto che l'art. 9, co. 1, D.L. 76/2013 non contiene alcun elemento letterale che consenta di presumere che si tratti di legge interpretativa.

Sulla questione, la Corte di Cassazione ha recentemente affermato che *“ai sensi del comma 2 dell'art. 1 d.lg. n. 276 del 2003 non è applicabile alle pubbliche amministrazioni la responsabilità solidale prevista dal comma 2 dell'art. 29 del richiamato decreto. L'art. 9 d.l. n. 76 del 2013, nella parte in cui prevede l'inapplicabilità dell'art. 29 ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 d.lg. n. 165 del 2001, non ha carattere di norma di interpretazione autentica, dotata di efficacia retroattiva, né ha innovato il quadro normativo previgente, avendo solo esplicitato un precetto già desumibile dal testo del richiamato art. 29 e dalle successive integrazioni”*³⁰.

5.2. La delimitazione dell'ambito soggettivo.

Sotto il profilo soggettivo, la previsione in commento opera un richiamo espresso alle *“pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”*, che definisce cosa debba intendersi *“per amministrazioni pubbliche”* ai fini dell'applicazione delle norme del Testo Unico: *“si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONP”*.

Non manca, nondimeno, chi sostiene che debbono essere ricompresi nell'ambito di applicazione della norma in commento tutti quei soggetti che, indipendentemente dalla natura che gli è propria, siano chiamati ad applicare il Codice degli Appalti Pubblici.

La tesi non può essere condivisa.

Considerato il tenore letterale della norma (che si riferisce a tutti i committenti), deve ritenersi che il principio sancito dall'art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003 abbia efficacia di carattere

³⁰ Cass. Civ., Sez. Lav., 11 ottobre 2016, n. 20434. Guarda al *“divieto posto dall'art. 1, comma 2, d.lg. n. 276 del 2003”*, per come *“ulteriormente specificato dall'art. 9 d.l. n. 76 del 2013, (conv., con modificazioni, dalla l. n. 99 del 2013)”*, anche Cass. Civ., Sez. VI, 6 aprile 2017, n. 8955.

generale e che l'unica deroga alla sua applicazione non possa che essere interpretata in senso restrittivo.

In assenza di una disposizione che espressamente precluda l'applicabilità della norma nei confronti del committente privato soggetto alla disciplina del Codice degli Appalti, non si può ritenere che lo stesso sia tenuto indenne dal regime della responsabilità solidale. D'altronde, la natura di un soggetto non muta per il sol fatto della particolare disciplina legale cui può essere assoggettato, ed è principio consolidato in giurisprudenza quello per cui *“non è l'oggetto dell'attività che determina il discrimine tra ente pubblico non economico, ente pubblico economico ed azienda speciale, ma la struttura giuridica ed il modo in cui l'ente esercita la propria attività”*³¹.

Peraltro, l'obbligo di rispettare i principi – anche di derivazione comunitaria – di trasparenza, pubblicità e imparzialità, non implica l'esercizio di pubblici poteri: le connotazioni pubblicistiche che caratterizzano una società per azioni a partecipazione pubblica, pertanto, non incidono in alcun modo sulla sua natura privatistica ed essa rimane, in assenza di specifiche deroghe, integralmente assoggettata alla normativa di diritto privato alla stregua di tutte le altre società per azioni private.

Per le società per azioni eventualmente partecipate da un ente pubblico, è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici, per cui la scelta della Pubblica Amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta.

Ne consegue che, in difetto di norme esplicite che introducano deroghe puntuali, è ai principi generali e alle linee portanti del sistema che occorre aver riguardo.

In questo senso, d'altronde, si è recentemente pronunciata anche la Corte di Cassazione: *“in materia di appalti pubblici, la responsabilità solidale prevista dall'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, esclusa per le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, è, invece, applicabile ai soggetti privati (nella specie Trenitalia s.p.a., società partecipata pubblica), assoggettati, quali “enti aggiudicatori” al codice dei contratti pubblici. Tale differente regolamentazione non viola l'art. 3 Cost. in ragione della diversità delle situazioni a confronto, non incontrando i privati imprenditori alcun limite nella scelta del contraente, laddove nelle procedure di evidenza pubblica la tutela del lavoratore è assicurata sin dal momento*

³¹ Cass. Civ., SS. UU., 11 luglio 2006, n. 15661.

della scelta suddetta, né limita l'iniziativa economica dei privati imprenditori per l'aggravio di responsabilità, non essendo precluso al legislatore modulare le tutele dei lavoratori in rapporto alla diversa natura dei committenti"³².

Invero, il Supremo Collegio aveva già sostenuto “...la inapplicabilità del D. Lgs. n. 276 del 2003, art. 29, comma 2, ai contratti di appalto stipulati dalle Pubbliche Amministrazioni ed il principio di diritto è stato poi ribadito, in motivazione, dalle recenti sentenze 23.5.2016 n. 10664 e 24.5.2016 n. 10731, con le quali, peraltro, si è escluso che detto principio potesse essere esteso anche alle società di diritto privato tenute al rispetto della procedura di evidenza pubblica”³³.

L'orientamento era già proprio del Tribunale di Milano che aveva avuto modo di osservare come, “a prescindere da ogni questione relativa all'interpretazione e portata dell'art. 1, comma 2, del D. Lgs. n.276/03 (‘il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale’) e da ogni questione relativa alla natura interpretativa o meno dell'art. 9, comma 1, del D.L. n. 76/2013 (secondo cui le norme dell'art. 29, comma 2, del D. Lgs. n. 276/03 “non trovano applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165”), appare risolutiva la considerazione che Ferservizi s.p.a. non è una pubblica amministrazione e non rientra nelle amministrazioni pubbliche elencate all'art. 1, comma 2, del D. Lgs. n. 165/2001. A tal fine non assume alcun rilievo il fatto che Ferservizi s.p.a. sia tenuta ad applicare le norme di evidenza pubblica in materia di appalti”³⁴.

6. Brevi considerazioni conclusive.

Dei fenomeni giuridici il Giudice conosce solo la patologia. Questa, d'altronde, è la funzione che l'ordinamento demanda all'Autorità Giudiziaria: dirimere le controversie, risolvere i conflitti, ricondurre la regolazione dei rapporti a un sistema improntato alla legalità. La prospettiva dell'organo giudicante è, quindi, sicuramente parziale e diversa da quella degli operatori del mercato che, conoscendo coerenza e patologia, occupano una posizione privilegiata nella valutazione del rapporto tra efficienza e disfunzioni del sistema.

Nelle aule giudiziarie, il fenomeno in esame si caratterizza per un progressivo e oltremodo significativo incremento delle vicende disfunzionali, del radicarsi di un meccanismo che sta elevando la patologia a sistema: una realtà che sta assumendo dimensioni tali da far quasi presumere che il futuro potrà essere caratterizzato da una progressiva re-internalizzazione dei servizi e delle attività.

³² Cass. Civ., Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 10777. Così anche, Tribunale di Pescara, 21 giugno 2016.

³³ Cass. Civ., Sez. Lav., 11 ottobre 2016, n. 20434 – parte motiva.

³⁴ Tribunale di Milano, 1 ottobre 2015.

Sotto il profilo prettamente economico e sociologico, prima ancora che giuridico, la diffusione del fenomeno delle esternalizzazioni sembrerebbe destinato a consolidare due fondamentali effetti negativi.

Il primo è la trasformazione dell'*imprenditore datore di lavoro* nell'*imprenditore committente*, in un soggetto che nella gestione delle proprie attività non può più avvalersi in via diretta degli strumenti del rapporto di lavoro, ma deve intervenire in via mediata dialogando – secondo le regole comuni in materia di contratti – con una o più controparti terze. In questa prospettiva, il meccanismo dell'esternalizzazione determina un'inevitabile soluzione di continuità nella linea gerarchica, e impedisce l'esercizio diretto dei più tipici poteri del rapporto di lavoro subordinato.

Il secondo è il radicarsi di una concorrenza alterata che, nel privilegiare il meccanismo del ribasso, tende a escludere dal mercato soggetti affidabili e virtuosi, per favorire soggetti che spesso si rivelano sfuggenti ed effimeri: operatori che spariscono dal mercato e dalle aule giudiziarie lasciando agli obbligati solidali, committenti e subappaltatori, l'onere di adempiere alle obbligazioni che gli sono proprie. Ne consegue un'inevitabile duplicazione degli oneri economici.

Dagli obbligati solidali, il meccanismo delineato dall'art. 29 D. Lgs. 276/2003 nella sua versione "intermedia" è stato spesso guardato con favore nella sua essenza di strumento destinato a incidere in modo significativo sui tempi di definizione delle controversie, allontanando il momento della eventuale esecuzione a carico del responsabile solidale.

È una prospettiva che non convince.

Il complicarsi degli incombenti e l'allungarsi dei tempi delle vicende processuali è destinato, sul medio e lungo periodo, a determinare un esponenziale incremento dei costi che dovranno essere affrontati dagli obbligati solidali: costi che saranno tanto più elevati, quanto più lunga e faticosa si rivelerà la vicenda giudiziaria; costi che, infine, non potranno essere recuperati.

La soluzione deve essere ricercata a monte, e non può che essere di politica economica.

Si tratta di riattivare il meccanismo di quella concorrenza funzionale che privilegia l'affidabilità e la correttezza, l'eccellenza non il prezzo, e che esclude dal mercato soggetti che operano al di sotto della soglia di sostenibilità, riversando i propri rischi su controparti contrattuali e lavoratori. Si tratta di attivare meccanismi rigorosi di controllo in ordine alla correttezza della gestione da parte degli appaltatori dei rapporti di lavoro; prevedere strumenti economici di tutela e garanzia che consentano agli obbligati solidali di agire in prevenzione a

fronte dell'inadempimento altrui, evitando il contenzioso o preconstituendosi condizioni che possano favorire la soluzione conciliativa delle controversie.

Con la risoluzione 11 luglio 2007, *“Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo”*, il Parlamento Europeo affermava che il *“sistema di responsabilità congiunta e solidale dei contraenti principali nei confronti degli obblighi dei loro subappaltatori incoraggia i contraenti principali a garantire il rispetto della legislazione del lavoro da parte dei loro partner commerciali”*.

In questa prospettiva deve guardarsi all'ultima novella dell'art. 29, co. 2, D. Lgs. 273/2003, ossia quella introdotta dall'art. 2, co. 1, lett. a) e b), del D.L. 25/2017 convertito, senza modificazioni, dalla Legge 49/2017.

Nell'eliminare il secondo, il terzo e il quarto periodo del comma secondo (*“il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può 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 responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori?”*), l'intervento normativo parrebbe aver restituito alla norma, nel rispetto dei contrapposti interessi, il necessario equilibrio tra i differenti rapporti di forza, stimolando un recupero della responsabilizzazione del contraente.

D'altronde, l'art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003 non delinea un'ipotesi di responsabilità oggettiva poiché, come opportunamente osservato, *“il principio fondante dell'art. 29 d.lg. n. 276 del 2003 consiste nell'introdurre la responsabilità di chi abbia in concreto beneficiato della prestazione lavorativa”*³⁵ per fare impresa.

³⁵ Tribunale di Torino, 18 febbraio 2015.