

Responsabilità solidale nell'appalto e processo*

Luigi de Angelis

1. Anomalia del contraddittorio e aspetti di competenza e rito.	287
2. Il limite temporale dell'obbligazione solidale ed il modo per rispettarla.	291
3. Il beneficio d'escussione.	293

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 314/2016

1. Anomalia del contraddittorio e aspetti di competenza e rito.

Il testo attuale del tormentato art. 29, comma 2, d.lgs n. 276/2003⁹⁴⁰ prevede, con l'eccezione di cui appresso (paragrafo 2), la solidarietà passiva del committente o datore di lavoro con l'appaltatore e gli eventuali subappaltatori - non se si tratti di appalti pubblici (v. art. 9, comma 1, d.l. d.l. n. 76/2013, convertito nella l. n. 99/2013⁹⁴¹) né se il committente o datore di lavoro sia persona fisica non imprenditore o esercente attività professionale (art. 29, comma 3 *ter* introdotto dall'art. 6 l. n. 251/2004) - per le obbligazioni relative al trattamento retributivo, compreso il trattamento di fine rapporto, i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione dell'appalto ed entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto stesso. Tale beneficio, originariamente a favore dei soli lavoratori subordinati, è stato esteso dall'art. 9, comma 1, d.l. n. 76/2013 cit. ai crediti simili dei lavoratori autonomi. L'art. 26, comma 4, d.lgs. n. 81/2008 ha poi aggiunto, ma questa volta a favore dei soli lavoratori subordinati e senza il limite del biennio, la solidarietà per i danni non indennizzati dall'Inail (c.d. differenziali), salvi quelli conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività dell'appaltatore.⁹⁴² Sempre senza il limite temporale prima indicato l'art. 35, commi 28, 28 *bis* e 28 *ter* d.l. n. 223/2006, convertito con modificazioni in l. 248/2006 (c.d decreto Bersani), contempla un peculiare regime di solidarietà tra appaltatore e subappaltatore (è esonerato invece il committente) per le ritenute fiscali⁹⁴³.

⁹⁴⁰ Per l'evoluzione legislativa al riguardo, che risponde a criteri di bilanciamento tra i diversi interessi in gioco che sono puramente politici (così R. ROMEI, *Il diritto del lavoro e l'organizzazione dell'impresa*, in AA. VV., *L'idea del diritto del lavoro, oggi In ricordo di Giorgio Ghezzi*, a cura di A. PERULLI, Padova, 2016, 517; S. CIUCCIOVINO, *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario lavoratore/datore di lavoro*, in AA. VV., *Diritto del lavoro in trasformazione*, a cura di L. CORAZZA, R. ROMEI, Bologna, 2014, 178), cfr., tra gli altri, I. ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà negli appalti*, in AA. VV., *Il nuovo diritto nel mercato del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, S. LIEBMAN, Torino, 2013, 101 ss.; M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro, somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, III ed., Torino, 2013, 124 ss.; V. PASQUARELLA, *La responsabilità solidale negli appalti*, in AA. VV., *Flessibilità e tutele nel lavoro*, a cura di P. CHIECO, Bari, 2012, 799 ss.; P. ALBI, *Il contratto di appalto*, in AA. VV., *Il mercato del lavoro*, a cura di M. BROLLO, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, vol. VI, Padova, 2012, 1619 ss.

⁹⁴¹ Tale disposizione ha risolto espressamente i precedenti contrasti in punto, rispetto ai quali, però, la più recente giurisprudenza di legittimità era ugualmente orientata in senso negativo: cfr. Cass. 7 luglio 2014, n. 15432, in <<Mass. Foro it.>>, 2014, 532.

⁹⁴² In argomento cfr. per tutti G. LUDOVICO, *Sui limiti e contenuti della responsabilità solidale negli appalti per i danni da infortunio e malattia professionale*, in <<Argom. dir. lav.>>, 2011, 567 ss., ed *ivi* riferimenti; più di recente, O. BONARDI, *La sicurezza sul lavoro nel sistema degli appalti*, in *Salute e sicurezza sul lavoro* a cura di G. NATULLO, Torino, 2015, 887 ss.

⁹⁴³ Cfr. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione*, cit., 151 ss.; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Solidarietà e tutele nell'intermediazione di lavoro*, in <<Riv. it. dir. lav.>>, 2012, I, 161; D. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale*, in AA. VV., *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, a cura di M.P. AIMO e D. IZZI, Torino, 2014, 102 ss.; V. PASQUARELLA, *La responsabilità solidale*, cit., 811 ss. Per valutazione positiva dell'originario, in buona parte abrogato, regime in materia del *Decreto Bersani*, in particolare riguardo alla previsione di casi di esonero dalla responsabilità solidale del committente, cfr. L. IMBERTI, *Le responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: stato dell'arte, profili critici e proposte di riforma*, in <<Lavoro giur.>>, 2011, supp. al n. 11, 32 ss.

Per la peculiare solidarietà prevista in materia di autotrasporto merci per conto di terzi: cfr., G. CAROSIELLI, *La responsabilità solidale nell'autotrasporto merci per conto terzi*, in <<Dir. rel. ind.>>, 2015, 251 ss. Cfr., infine, D. IZZI, *La responsabilità solidale a tutela del lavoro esternalizzato: qualche spunto del diritto dell'Unione europea*, in <<Lav. dir.>>, 2016, 35 ss., circa altri interventi normativi in materia di responsabilità solidale e circa la (per lei) timida e tardiva considerazione al riguardo dell'Unione europea.

Riconosciuta ormai la liceità del decentramento produttivo⁹⁴⁴ si è così voluto, attraverso la solidarietà, indurre alla selezione ponderata degli appaltatori e a favorire in tal modo il decentramento virtuoso⁹⁴⁵, assicurando quindi al lavoratore una tutela indiretta e ad un tempo diretta⁹⁴⁶. Penso che in proposito sia forzato ricondurre ad una forma di fideiussione *ex lege*⁹⁴⁷ la obbligazione solidale in questione per la ragione che la fideiussione è concepita dal codice civile come contratto e per esso detta una disciplina specifica in punto solidarietà, mentre per le obbligazioni solidali in genere lo stesso codice contiene un'articolata disciplina (artt. 1292-1299), alla quale, quindi, anche in questo caso si deve fare riferimento ove l'art. 29, comma 2, cit., non provveda diversamente⁹⁴⁸. Conseguenza è che, ad esempio, il debitore non può qui opporre al creditore le eccezioni personali (art. 1297, comma 1, c. c.), come invece può fare, *ex art.* 1945 cod civ., salva l'eccezione d'incapacità, il fideiussore. Possibilità, quest'ultima, che evidenzia la funzione di garanzia personale propria del contratto di fideiussione, che forse non sussiste nel caso che c' interessa.

Sul piano processuale la disciplina della solidarietà degli appalti presenta elementi di sensibile anomalia rispetto a principi diffusi in materia di obbligazioni solidali⁹⁴⁹. In via generale ognuna di queste ha una propria autonomia - Barassi⁹⁵⁰ utilizzava l'immagine del fascio di più rapporti obbligatori paralleli⁹⁵¹ con una unica fonte generatrice - che sul piano processuale si risolve nella mera facoltatività della partecipazione al giudizio dei vari obbligati.⁹⁵²

L'anomalia è data dalla previsione, contenuta nell'art. 4, comma 31, l. n. 92/2012 (che per il principio *tempus regit actum* si applica alle controversie proposte dall'entrata in vigore di tale legge e cioè dal 18 luglio 2012) per la quale "*Il committente imprenditore o datore di lavoro*⁹⁵³ è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subap-

⁹⁴⁴ Cfr. per tutti R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in <<Argom. dir. lav.>>, 2005, 60 ss.; anche ISD., *Ragioni e regole del decentramento produttivo*, in <<Dir. rel. ind.>>, 2005, 308 ss.

⁹⁴⁵ Cfr. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit., 130; I. ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà*, cit., 100.

⁹⁴⁶ Cfr. R. ROMEI, *Il diritto del lavoro e l'organizzazione dell'impresa*, cit., 516.

⁹⁴⁷ Così, invece, tra gli altri, M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit., 137, che evidenzia comunque la specificità di alcune disposizioni a partire dal beneficio d'escussione previsto invece dal contratto solo con pattuizione *ad hoc*; altresì V. FERRANTE, M. BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, in <<Riv. giur. lav.>>, 2012, II, 479. Per riferimenti vari al tema della qualificazione delle obbligazioni solidali cfr. G. COSTA, *Solidarietà e tutela negli appalti*, in <<Variat. temi dir. lav.>>, 2016, 405 ss., anche nn. 99 ss.

⁹⁴⁸ Conf. Trib. Genova 23 giugno 2011, richiamata da M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit. 137, n. 57.

⁹⁴⁹ Cfr., tra i tanti, S. CASSAR, *La responsabilità solidale negli appalti alla luce delle recenti modifiche legislative*, in <<Mass. giur. lav.>>, 2012, 845.

⁹⁵⁰ L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II ed., Milano, 1948, I, 183; ma v. anche M. GIORGIANNI, *Obbligazione solidale e parziaria*, ora in ID., *Scritti minori*, Napoli, 1988, 602.

⁹⁵¹ La pluralità dei rapporti è affermata dalla dottrina dominante, pur se con vari distinguo: per riepilogo delle varie impostazioni cfr., tra i recenti, U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, in <<Contratto e impresa>>, 2014, 270 ss., ed *ivi* anche riferimenti in nota; altresì L. CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, Padova, 2004, 173 ss., anche riferimenti in nota.

⁹⁵² Cfr., ad es., tra le recenti, Cass. 29 ottobre 2013, n. 24362, in <<Mass. Foro it.>>, 2013, 831, in materia di responsabilità solidale dei sindaci di società; ma il principio è presente in giurisprudenza già nel 1950: cfr. Cass. 28 giugno 1950, n. 1688, in <<Mass. Foro it.>>, 1950, 349.

⁹⁵³ Ma non se persona fisica che non eserciti attività imprenditoriale o professionale: art. 29, comma 3 *ter*, l. cit., introdotto dal d.lgs. 251/2004.

paltatori. 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".

Dunque un'ipotesi appunto anomala di litisconsorzio necessario, quale emerge sicuramente dalla perentorietà del disposto in sintonia con la *ratio* suddetta; perentorietà del disposto, mancanza in esso di distinzione alcuna e *ratio* che rendono non convincente la tesi⁹⁵⁴ per la quale il litisconsorzio necessario riguarderebbe il solo caso in cui si sia eccepito nella prima difesa il beneficio d'escussione (v. *infra*, § 3).

La regola sul litisconsorzio necessario non comprende il risarcimento dei danni differenziali, né le questioni sulle ritenute fiscali. È poi conseguenza dell'inoperatività della solidarietà che la disciplina non riguardi gli appalti con le pubbliche amministrazioni.

L'anomalia sopra illustrata si giustifica, e a mio parere va apprezzata, tenuto conto sia del volersi evitare fenomeni di deresponsabilizzazione del datore di lavoro, sia dell'estraneità del committente al rapporto di lavoro subordinato (e ora, si è visto, autonomo), e delle sue connesse difficoltà ad essere in possesso delle informazioni utili a difendersi da solo⁹⁵⁵. Se si vuole aderire all'opinione di chi al contraddittorio *tout court* riconosce non solo la classica funzione di garanzia di difesa ma anche una funzione cognitiva-epistemica e argomentativa⁹⁵⁶, questo può considerarsi anche un contributo normativo peculiare, perché peculiare è la situazione giuridica e di fatto, alla migliore conoscenza appunto dei fatti da parte del giudice e alla costruzione di buone ragioni da porre a fondamento della decisione.

Il derivare, l'anomalia, direttamente dalla legge rende *inutile* il richiamo, fatto da alcuni⁹⁵⁷, alla nozione di litisconsorzio necessario processuale con questo volendo intendersi che esso non scaturisce dalla qualità del sottostante rapporto sostanziale. A tale nozione la giurisprudenza è infatti *utilmente* ricorsa per richiedere l'estensione in appello del contraddittorio ai soggetti che, pur non litisconsorti necessari, abbiano comunque partecipato al giudizio di primo grado, laddove si tratti di cause inscindibili o tra loro dipendenti⁹⁵⁸.

⁹⁵⁴ Sostenuta da I. ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., 121, e giustamente contrastata da C. CORDELLA, *Appalti: nozione lavoristica e tutela dei crediti retributivi dei lavoratori*, in <<Dir. rel. ind.>>, 2016, 534.

⁹⁵⁵ Cfr., da ult., C. CORDELLA, *Appalti: nozione lavoristica*, cit., 532 ss. Rilevava, prima della modifica del 2012, l'ignoranza d'informazioni del committente a differenza di quanto è in materia di somministrazione, G. QUADRI, *Processi di esternalizzazione Tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, Napoli, 2004, 294.

⁹⁵⁶ È il cuore della tesi di C. GAMBA, *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, 2016, 138 e ss., nonché EAD., *Le funzioni del contraddittorio e l'art. 101, comma 2, c.p.c.*, di prossima pubblicazione per Cacucci editore.

⁹⁵⁷ Cfr. R. RIVERSO, *Appalti, processo e azioni (l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003)*, in <<Lavoro giur.>>, 2014, 856; G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La responsabilità solidale negli appalti*, in AA. VV., *La nuova riforma del lavoro*, a cura di M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, Milano, 2012, 208.

⁹⁵⁸ Ad es., Cass. 19 aprile 2016, n. 7732, in <<Rep. Foro it.>>, 2016, v. *Impugnazioni civili*, n. 5; proprio con riguardo alla solidarietà in materia d'appalto, Cass. s.u. 14 luglio 2000, n. 497, in <<Rep. Foro it.>>, 2000, v. *Impugnazioni civili*, n. 24, per la quale, secondo la massima, "proposta da alcuni lavoratori in via principale domanda diretta all'accertamento di una situazione di illegittima intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro e in via subordinata, nei confronti di appaltante e appaltatore in solido, del loro diritto ad

Trattandosi di litisconsorzio necessario la mancata chiamata in giudizio dell'appaltatore e subappaltatori importa, in primo grado, l'applicazione dell'art. 102 c. p. c. e, in appello, la nullità della sentenza con rimessione della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354 dello stesso codice. Ciò, si badi bene, nel caso in cui sia chiamato in giudizio il committente, essendo invece libero il lavoratore, subordinato o, a seguito dell'art. 9, comma 1, d.l. n. 76/2013 cit., autonomo, di agire nei confronti del solo appaltatore. È infatti, secondo il testo dell'art. 4, comma 31, cit., il committente che va chiamato in giudizio con l'appaltatore e subappaltatori, e non viceversa: il litisconsorzio è stabilito nell'interesse degli obbligati solidali e per questo il creditore può chiamare in causa il solo appaltatore non facendo valere la solidarietà.⁹⁵⁹

Quanto ai subappaltatori, può verificarsi la c.d. catena, e cioè che ad un subappalto ne seguano altri che vedono l'appaltatore come committente, e così via. Per tutti, si è visto, il testo dell'art. 4, comma 31, cit. prevede la solidarietà, la quale, però, per essere un beneficio del lavoratore, potrà da lui essere fatta valere anche solo nei confronti del penultimo subappaltatore che è anche subcommittente. In tal caso, se questi è chiamato in causa, si dovrà necessariamente estendersi il giudizio all'ultimo subappaltatore-datore di lavoro.

Il litisconsorzio necessario è invece estraneo alla fattispecie di cui all'abrogato art. 3 l. n. 1369/1960, ed è estraneo, per la condivisibile opinione prevalente⁹⁶⁰, a quella, tuttora in vigore stante il silenzio della legge in punto e la diversità di presupposti che fa escludere l'abrogazione implicita, di cui all'art. 1676 c. c. (riguardante i soli crediti dei lavoratori subordinati), che può allora essere invocata anche in cumulo nello stesso processo, in via graduata, con la tutela in esame. La natura del credito e il carattere subordinato della domanda fanno sì che le regole di competenza della l. n. 533 del 1973 prevalgano su quelle eventualmente ordinarie,⁹⁶¹ come prevale il rito del lavoro ex art. 40, comma 3, c. p. c.

Si è detto in precedenza che la solidarietà operi ora anche a favore dei lavoratori autonomi. Al riguardo va notato che l'ambito di previsione non è limitato ai c.d. parasubordinati; i lavoratori autonomi *tout court*, di conseguenza, dovranno agire con il rito ordinario nel cui interno si attuerà il litisconsorzio necessario.

un trattamento economico e normativo non inferiore a quello spettante ai dipendenti dell'impresa appaltante, deve ritenersi la sussistenza di un rapporto di dipendenza tra le domande principali e quelle subordinate, che comporta un litisconsorzio di natura processuale tra i due convenuti (a prescindere dalla configurabilità o meno, in genere, di un litisconsorzio necessario di carattere sostanziale nelle azioni dirette a contestare un'illegittima interposizione) e impone l'integrazione del contraddittorio nel caso in cui, accolta in primo grado la domanda principale, l'appaltante proponga l'appello solo nei confronti dei lavoratori".

⁹⁵⁹ Così P. TOSI, "Appalto di opere o di servizi" e solidarietà dopo la l. n. 92/2012, in <<Lavoro giur.>>, 2012, 981; discutibilmente, invece, secondo M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit., 137, la responsabilità solidale in questione è disposta nell'esclusivo interesse dell'appaltatore-datore di lavoro e dell'eventuale subappaltatore-datore di lavoro a ricevere l'adempimento dal proprio dipendente.

⁹⁶⁰ Cfr. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit., 140 ss., anche riferimenti alle note nn. 64-79.

⁹⁶¹ Cfr. Cass. 7 ottobre 1993, n. 9929, in <<Informazione prev.>>, 1993, 1288, per la quale "la competenza si determina in base al contenuto della domanda introduttiva del giudizio - e, in caso di più domande l'una all'altra subordinata, in base al contenuto della domanda principale - e non già secondo l'oggetto dell'indagine di merito che il giudice deve compiere per la decisione della controversia; pertanto, ove l'attore deduca la simulazione di un contratto di agenzia, in quanto dissimulante un rapporto di lavoro subordinato, e chieda la condanna del datore di lavoro al pagamento delle differenze retributive inerenti al contratto dissimulato, deve farsi riferimento - ai fini dei criteri determinativi della competenza per territorio - al 2° comma dell'art. 413 c.p.c., che riguarda i rapporti di lavoro subordinato, e non al successivo 4° comma (nel testo introdotto dalla l. 11 febbraio 1992 n. 128), inerente ai rapporti di agenzia o rappresentanza commerciale o di collaborazione di cui al 3° comma dell'art. 409 n. 3 c.p.c.)". Il principio è però consolidato.

Diversamente, se si tratta di lavoratori subordinati o parasubordinati, il rito deve essere quello del lavoro non solo in ragione della natura del credito derivante appunto da rapporto subordinato o parasubordinato ma anche dell'art. 40, comma 3 c. p. c., dovendosi far rientrare la domanda contro il committente tra le cause accessorie. La necessità del litisconsorzio fa poi aggio anche sull'eventuale diversità dei criteri della competenza territoriale imponendo la prevalenza di quelli di cui all'art. 413 c. p. c.

Sempre con riguardo a competenza e rito, si deve ritenere che vada applicata la l. n. 533/1973 all'azione di regresso se l'obbligato solidale abbia pagato un debito che atteneva ad un rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato, altrimenti dovendosi applicare le regole del generale processo civile di cognizione. In proposito è utile richiamare gli arresti giurisprudenziali in tema di azione di regresso proposta dall'Inail verso il responsabile di infortunio sul lavoro o di malattia professionale⁹⁶².

Più complesso appare il problema del rito in caso di fallimento di una delle parti del rapporto solidale. In tal caso, per un verso vi è la necessità del litisconsorzio, che per la sua funzione, è il caso di ribadire, non va superata; per un altro verso, non può essere trascinato all'interno della verifica dei crediti della procedura concorsuale chi fallito non è. La soluzione migliore pare allora essere quella di applicare la regola più recente e ritenere che si sia con essa derogato nell'ipotesi in esame al foro e al rito fallimentare.

Infine, è il caso di sottolineare come l'art. 29, comma 2, cit., non riguardi l'ipotesi dell'appalto illecito, soggetto piuttosto alle regole di cui all'art. 27 comma 3 *bis*, comma 2, d.lgs. n. 276 cit.⁹⁶³, né l'impugnativa dei licenziamenti pur se si faccia valere la sola tutela obbligatoria, estranea alle ipotesi contemplate dall'art. 29 cit. A proposito di licenziamenti vale la pena di porre in luce come la corte di cassazione⁹⁶⁴ abbia di recente affermato la soggezione al c.d. rito Fornero delle domande ex art. 18 l. n. 300/1970 che individuano il datore di lavoro in un soggetto diverso dal datore di lavoro formale. Ciò condivisibilmente pur se non si faccia leva, come fatto dal giudice di legittimità, sulla prospettazione della domanda o sull'inciso "anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro" presente nel testo dell'art. 1, comma 47 l. n. 92/2012, e ci si poggia piuttosto sulla prima parte del medesimo testo riconoscendo che anche tale caso rientri tra le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa di licenziamento soggetto all'art. 18 e successive modificazioni.

2. Il limite temporale dell'obbligazione solidale ed il modo per rispettarla.

Come si è visto, la solidarietà opera entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto; limite che però, va evidenziato, non sussiste per il risarcimento dei danni differenziali, soggetto ai soli

⁹⁶² Ad es., Cass. 15 dicembre 2000, n. 15826, in <<Rep. Foro it.>>, 2000, v. *Infortuni sul lavoro*, n. 155; più recentemente, arg. ex Cass. 17 luglio 2009, n. 16780, in <<Rep. Foro it.>>, v. *Termini processuali civili*, n. 20.

⁹⁶³ Cfr. per tutti G. COSTA, *Solidarietà e tutele*, cit., 401, anche riferimenti alle note 82-84.

⁹⁶⁴ Cfr. Cass. 8 settembre 2016, n. 17775, inedita, allo stato; *contra*, Trib. Milano 25 ottobre 2012, in <<Foro it.>>, 2013, I, 674, con nota di S. CALVIGIONI, e in genere la giurisprudenza della sezione lavoro del tribunale milanese.

termini prescrizionali.⁹⁶⁵ Cessazione è una nozione *di fatto*, per cui come tale deve intendersi non la data di scadenza prevista nel contratto tra committente e appaltatore ma quella in cui l'appalto abbia avuto interamente esecuzione.⁹⁶⁶ Del resto il creditore è estraneo a tale contratto e difficilmente ne può conoscere il contenuto, ivi compresa la scadenza pattuita. È poi controverso se la cessazione debba riferirsi all'appalto⁹⁶⁷ ovvero, se vi sia, subappalto, come è detto in una nota ministeriale⁹⁶⁸ e come pare condivisibile considerandosi che è irragionevole, e quindi poco credibile sul piano interpretativo, un'esposizione prolungata del committente obbligato solidale specie negli appalti di lunga durata⁹⁶⁹ e con subappalti di breve durata, e questo quando è stato previsto il termine *a quo* per attenuare la situazione d'incertezza dell'obbligato stesso. In tal senso, sotto il vigore dell'art. 4 l. n. 1369/1960, si è pronunciata la corte di cassazione⁹⁷⁰.

Da alcuni⁹⁷¹ si è sostenuto che la mancanza di specificazione normativa al riguardo, necessaria in quanto non esiste una unica modalità per impedire una decadenza (v., però, *infra*), fa sì che la intrabiennalità del limite sia soddisfatta anche da un atto stragiudiziale; la tesi trova anche qualche conferma – ma pure dissensi - in giurisprudenza⁹⁷². Non penso, però, che sia così. Se è vero che ha scarso valore interpretativo ai fini di sostenere la tesi contraria l'inserimento dell'obbligo di solidarietà in un testo in cui il periodo successivo si riferisce all'azione giudiziaria⁹⁷³ - l'argomento già fragile di per sé non considera che la previsione del termine precede (d.lgs. n. 276/2003) la regola riguardante il giudizio introdotta circa dieci anni dopo (l. n. 92/2012)⁹⁷⁴ – è pur vero che l'inserimento stesso acquista tale valore nella contrapposizione forte con quanto espressamente detto con riguardo ai licenziamenti solo nel 2010 (art. 32 l. 183/2010, in punto confermativo della pur modificata legislazione precedente). Ma ancor prima, è discutibile che ci si trovi di fronte ad una decadenza, come pure è opinione diffusa. Appunto alla decadenza il testo dell'art. 29, comma 2, cit., non fa cenno, ed è invece strutturato nel senso di considerare l'intrabiennalità quale presupposto della solidarietà: "...è obbligato in solido...entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto...". Dicevo, è opinione diffusa, che però, piuttosto che argomentata, è data per scontata, come lo è in più decisioni della corte di cassazione relative all'art. 4 l. n. 1369 cit., il quale, pur presentando un testo differente, non conteneva anch'esso cenno alcuno alla

⁹⁶⁵ Cfr. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit., 148; per approfondito esame dei termini di prescrizione dell'azione contro il datore di lavoro e l'appaltante e, soprattutto, dell'inizio di decorrenza di essi, cfr. G. LUDOVICO, *Sui limiti e contenuti*, cit., 595 ss.

⁹⁶⁶ Conf. D. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale*, cit., 86; con riguardo all'art. 4 l. n. 1369/1960 cfr., sempre in senso conforme, Cass. 2 aprile 1998, n. 3410, in <<Rep. Foro it.>>, 1998, v. *Lavoro (rapporto)*, n. 659.

⁹⁶⁷ Come ritiene in specie P. CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuato cambiamento*, in <<Dir. rel. ind.>>, 2012, 1000.

⁹⁶⁸ V. anche la conforme posizione di Inps e Inail; in proposito cfr. M. BARBERIO, *Effettività delle tutele e aspetti processuali degli appalti di servizi*, in <<Mass. giur. lav.>>, 2015, 553, anche riferimenti alle note 44 e 46.

⁹⁶⁹ Cfr. D. IZZI, op. loc. ult. cit., ed *ivi* anche riferimenti alle note nn. 75 e 76.

⁹⁷⁰ Cass. 2 aprile 1998, n. 3410, cit.

⁹⁷¹ Cfr. R. RIVERSO, *Appalti, processo*, cit., 864; G. MIMMO, *Il regime di solidarietà nell'appalto*, in <<Mass. giur. lav.>>, 2012, 535.

⁹⁷² Cfr. Trib. Forlì 11 novembre 2011, in <<Riv. giur. lav.>>, 2013, II, 124; *contra*, Trib. Torino 11 dicembre 2012, in <<Riv. giur. lav.>>, 2013, II, 123, con nota di C. D'ALOISIO, *Sulla responsabilità solidale del committente in relazione agli obblighi contributivi dell'appaltatore*; Trib. Milano 25 gennaio 2012, in <<Riv. crit. dir. lav.>>, 2012, 529, con nota di A. PREMOLI, *Responsabilità solidale negli appalti: osservazioni sul termine biennale e sull'ambito applicativo*; nota in cui, si richiamano sempre in tal senso altre quattro pronunce del tribunale milanese (537, nota 12).

⁹⁷³ Trib. Roma 11 marzo 2014, richiamata da R. RIVERSO, *Appalti, processo*, cit., 864.

⁹⁷⁴ Per tale rilievo cfr. R. RIVERSO, op. loc. ult. cit.

decadenza ("I diritti spettanti ai prestatori di lavoro ai sensi dell'articolo precedente potranno essere esercitati nei confronti dell'imprenditore appaltante durante l'esecuzione dell'appalto e fino ad un anno dopo la data di cessazione dell'appalto"). In alcune sentenze di legittimità si dice, sì, di termine di decadenza, ma senza che in punto si sia posta la questione, e senza che l'inciso abbia riflessi sulla decisione⁹⁷⁵. È allora forse persino eccessivo considerare l'uso del termine "decadenza" in tali sentenze come *obiter dictum* e non come semplice *nomen*.

Da quanto detto deriva che competerà al creditore allegare e provare la infrabiennalità come qualsiasi altro profilo dell'obbligo solidale: l'esistenza dell'appalto (o subappalto), il riferirsi ad esso della prestazione, subordinata o autonoma, e tutti i vari elementi inerenti il diritto vantato (gli oneri probatori in argomento sono ben diversi da quelli relativi all'azione di cui all'art. 1676 c. c.). E l'accertamento sulla infrabiennalità andrà fatto d'ufficio.

Spetterà, invece all'obbligato solidale eccepire (e nei termini decadenziali del rito del lavoro) e dimostrare il ricorrere degli elementi esclusivi della solidarietà, e cioè l'esistenza di "diversa disposizione di 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"; esistenza che il testo d'esordio dell'art. 29, comma 2 prevede come appunto *salvezza*⁹⁷⁶.

3. Il beneficio d'escussione.

Come ho prima accennato, secondo l'art. 29, comma 2, quale modificato dalla l. n. 92/2012, *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'infertuosa 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*⁹⁷⁷.

Anche qui ci si trova di fronte ad un'anomalia: un beneficio d'escussione che riguarda l'azione esecutiva deve essere invocato già nella fase cognitiva, ed anzi nella prima difesa. Ad orientare decisamente in tal senso è il testo sopra riportato, ma non tanto in quanto si riferisce appunto alla prima difesa, quanto perché l'avversativa preceduta dalla virgola distacca nettamente l'esperimento dell'azione esecutiva dall'accertamento della responsabilità solidale di tutti gli obbligati che il giudice deve fare dopo che nella prima difesa sia stato eccepito il beneficio.

La disposizione pone una serie di problemi:

⁹⁷⁵ Cfr., ad es., Cass. 20 marzo 2014, n. 6532, in <<Mass. giur. lav.>>, 2014, 224; Cass. 17 gennaio 2007, n. 996, <<Riv. giur. lav.>>, 2007, II, 544, con nota di P. CAPURSO, *La tutela del credito contributivo negli appalti, prima e dopo la riforma del mercato del lavoro*; Cass. 2 aprile 1998, n. 3410, cit.

⁹⁷⁶ Sui delicati problemi posti dalla deroga al regime della solidarietà e dai rapporti con l'art. 8 d.l. n. 138/2011 cfr. per tutti I. ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., 127 ss.

⁹⁷⁷ La disposizione ha in parte modificato l'art. 21 d.l. n. 5/2012, convertito con modificazioni nella l. n. 35/2012 (c.d. decreto semplificazioni) che per primo ha introdotto il beneficio d'escussione e il procedimento per farlo valere, ad avviso di alcuni trasformando l'obbligazione da solidale a sussidiaria (cfr., ad es., I. ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., 102).

per alcuni la pronuncia del giudice in ordine alla responsabilità solidale degli obbligati può essere, alla luce dell'enunciato normativo, solo d'accertamento e non di condanna.⁹⁷⁸ Sennonché, ciò è contrastato dal rilievo per il quale l'azione esecutiva presupponga una decisione appunto di condanna. Ed allora, piuttosto che fornire un'interpretazione che obblighi a ricorrere alla formazione di titolo altro (ad esempio, il decreto ingiuntivo) – soluzione farraginosa, costosa e contraria al principio di economicità dei giudizi – deve ritenersi che il testo non voglia limitare la portata della pronuncia da emanare, ma semplicemente indicare che la successiva esecuzione in cui opera il beneficio d'escussione presupponga l'intervenuto accertamento della responsabilità solidale di tutti gli obbligati. Del resto, se si sta sempre all'enunciato normativo, va notato che l'azione esecutiva sia contemplata in stretta successione con l'accertamento della responsabilità solidale, ciò facendo comprendere che il titolo già esiste.

L'anomalia in punto a mio avviso si ferma qui. Non pare, invece, che la prima difesa di cui sopra prescindendo, nonostante la genericità della formula legislativa, dal sistema del rito adottato, al quale invece la formula stessa va coordinata⁹⁷⁹. Deve quindi operare il sistema di preclusioni previsto dal rito ordinario (per i crediti dei lavoratori autonomi non parasubordinati) o dal rito del lavoro per le eccezioni, tra le quali è appunto quella in esame, non rilevando che essa non venga a cadere su di un fatto estintivo o modificativo del diritto (v. *infra*)⁹⁸⁰: così il testo la definisce e ben può trattarsi di eccezione processuale la quale in modo anomalo, si è detto, opera *a valle* sospendendo la realizzazione forzosa del diritto.

Se d'altronde, l'eccezione non scontasse le regole del rito si avrebbe la irragionevole conseguenza di favorire chi si costituisca tardivamente eccependo il beneficio rispetto a chi si sia costituito tempestivamente non eccependo il beneficio in sede di costituzione ma in un secondo momento.

Su di un differente versante, si è rilevato che il richiedere la necessità di far valere l'escussione solo nell'ambito del processo di cognizione condurrebbe a costringere irragionevolmente l'obbligato solidale, in specie nel caso in cui l'azione sia stata promossa con il procedimento monitorio, ad opporsi pur non avendo nulla da contestare in ordine alla sua responsabilità, e si è quindi sostenuto che la prima difesa possa essere sollevata anche in sede di opposizione all'esecuzione, interpretandosi l'enunciato nel senso che si riferisca alla sola ipotesi in cui si sia proceduto con il rito ordinario.

A tale tesi deve obiettarsi, innanzitutto, che il testo non opera limitazioni laddove prevede il modo di operare dell'eccezione, e questo quando prevede pure che quest'ultima vada proposta da quel committente imprenditore o datore di lavoro che deve essere convenuto in uno con l'appaltatore: il riferimento testuale al procedimento di cognizione è allora evidente. Nel caso di procedimento monitorio o di opposizione a cartella di pagamento o avviso di addebito, la fase cognitiva si apre con l'opposizione essendo convenuto sostanziale l'opponente, che dovrà quindi far valere l'escussione, alla luce di quel che si diceva con riguardo al necessario coordinamento con il rito

⁹⁷⁸ Cfr. P. TOSI, "Appalto di opere o di servizi" e solidarietà, cit., 981; sulla sua scia, I. ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., 123; *contra*, G. COSTA, *Solidarietà e tutela negli appalti*, cit., 385; M. BARBERIO, *Effettività delle tutele*, cit., 559, che scrive di condanna condizionata ad un evento futuro ed incerto; M.M. MUTARELLI, *La solidarietà negli appalti per i crediti dei lavoratori*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, Torino, 2013, 720 ss.; M. LOZITO, *Tutele e sottotutela del lavoro negli appalti privati*, Bari, 2013, 66. Riporta le due diverse impostazioni D. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale*, cit., 90.

⁹⁷⁹ Conf. G. COSTA, *Solidarietà e tutela negli appalti*, cit., 384 ss.; M.M. MUTARELLI, *La solidarietà negli appalti* cit., 720, a quanto sembra; cenno in R. RIVERSO, *Appalto, processo*, cit., 861; *contra*, G. MIMMO, *Il regime di solidarietà*, cit., 536.

⁹⁸⁰ *Contra*, P. CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., 1007.

del lavoro, nell'atto d'opposizione. È vero che ciò porta il committente o datore a doversi difendere, al fine di far valere il beneficio d'escussione, in un processo in cui può non avere nulla da contestare in ordine alla sua responsabilità solidale. Il fatto è che la legge, anticipando alla cognizione l'eccezione, ha voluto evitare che la fase esecutiva abbia ritardi, e far sì che essa proceda liscia almeno con riguardo all'individuazione dei soggetti debitori. Evitare, ad esempio, che, iniziato il procedimento esecutivo contro il committente, questi possa negare di essere tale ovvero di essere imprenditore. Se si vuole, è il prezzo che la legge impone di pagare al committente per avvalersi di un beneficio.

È ancora il caso di notare che all'onere dell'obbligato solidale finalizzato a godere della preventiva escussione non segue l'accertamento giudiziale circa l'esistenza del diritto al beneficio. Lo hanno affermato, con riguardo al testo dell'art. 21 d.l. n. 5/2012 cit., App. Genova 4 giugno 2014⁹⁸¹, e Trib. Padova 2 maggio 2012⁹⁸², che ha precisato che la regola - analoga (in punto) a quella della l. n. 92/2012 - rimette alla fase esecutiva ogni determinazione giurisdizionale conseguente all'eventuale violazione della norma processuale; sicché nessuna pronuncia giudiziale deve essere assunta in punto dal giudice investito della decisione nel merito.

Quanto si è in precedenza detto circa il non derivare, la solidarietà *de qua*, da una forma di fideiussione legale, conduce a non applicare in materia l'art. 1944, comma 2, c. c. inerente la necessità di indicazione dei beni su cui operare l'escussione, ove pattuita.

Né che ciò sia necessario può ricavarsi *aliunde*. Anzi; l'art. 29, comma 2, cit. non dice nulla al riguardo, e questo quando il legislatore nel testo (art. 21, comma 2, d.l. n. 5/2012, convertito nella l. n. 35/2012) poi modificato in punto dalla legge n. 92/2012, contemplava la necessità dell'indicazione dei beni per il caso – e, si badi bene, solo per il caso - in cui l'appaltatore non fosse stato convenuto in giudizio, come prima della l. n. 92 cit. era appunto consentito.⁹⁸³ È facile allora inferire che l'introduzione del litisconsorzio necessario ora previsto abbia sostituito e comunque eliminato la necessità dell'indicazione dei beni.

È infine il caso di segnalare come il beneficio d'escussione non riguardi i crediti da danno differenziale⁹⁸⁴.

⁹⁸¹ Richiamata da R. RIVERSO, *Appalti, processo*, cit., 862.

⁹⁸² In <<Rep. Foro it.>>, 2012, v. *Lavoro (rapporto)*, n. 839.

⁹⁸³ Spunto nel senso dell'inesistenza dell'onere d'indicazione dei beni in P. CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., 1007.

⁹⁸⁴ Cfr. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit., 148. Il beneficio d'escussione non opera neppure per la solidarietà prevista in materia di autotrasporto merci per conto di terzi: cfr., G. CAROSIELLI, *La responsabilità solidale*, cit., 255 ss.