www.adapt.it, 04 aprile 2012

Responsabilità solidale nell'appalto: tu chiamale, se vuoi, semplificazioni

di Gabriele Gamberini e Davide Venturi

Il c.d. decreto semplificazioni (ddl n. 4940-B) è stato convertito con modifiche in legge e, almeno a vedere le ultime novità in tema di responsabilità solidale negli appalti previste nell'art. 21, pare che oltre al nome con cui si identifica il d.l. n. 5/2012, di semplificazioni sia rimasto ben poco. Se la versione originaria di tale articolo – pubblicata in G.U. 9 febbraio 2012, n. 33 – non era altro che una disposizione di interpretazione dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, gli emendamenti introdotti dalle Commissioni riunite della Camera, poi recepiti nel maxi-emendamento approvato il 28 marzo al Senato e il 04 aprile alla Camera, hanno elevato il, già discretamente alto, livello di complessità che caratterizza la disciplina della responsabilità solidale negli appalti.
Nel corso dell'esame in sede referente, le Commissioni della Camera hanno aggiunto all'art. 21 una corposa appendice che, pur introducendo un principio condivisibile, presenta una formulazione che non pare idonea né a conferire certezza agli operatori del mercato né tantomeno a semplificare il sistema. Più precisamente viene previsto che il committente, convenuto in giudizio dai creditori dell'appaltatore unitamente a quest'ultimo, può «eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo» e 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»; si legge inoltre che «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». Infine viene precisato che «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».
La fondamentale novità del nuovo testo normativo è la previsione del *beneficium excussionis* a vantaggio del committente. Il Legislatore esprime così la intenzione di tutelare le imprese committenti, i cui interessi paiono ora essere più pressanti di quelli dei creditori, tanto da giustificare una disposizione in deroga al principio generale previsto dall'art. 1292 c.c., che di per sé non prevede tale eccezione. La posizione adottata dal Legislatore è stata avversata – anche nel dibattito parlamentare – da chi ritiene che un sistema così strutturato comporti il rischio di dilatazione dei tempi necessari perché i lavoratori o lo Stato vedano soddisfatti i propri crediti. Detto rischio tuttavia deve essere contestualizzato, tenendo presente che spesso ad avvalersi dello strumento previsto dal secondo comma dell'art. 29 d.lgs. n. 276/2003, in concreto, non sono tanto i lavoratori (se non in casi particolari di lunga o lunghissima durata degli appalti), ma piuttosto l'INPS e l'INAIL. Con riferimento a questi ultimi, posto che appaltatore o committente verseranno comunque le cifre dovute nei loro confronti, un eventuale ritardo nel procedimento di recupero dei crediti può essere valutato in maniera meno grave ed impellente rispetto ad un analogo ritardo nei riguardi di uno o più lavoratori. Pertanto, pur riconoscendo una sorta di responsabilità *in eligendo* in capo al committente nel momento in cui decide di stipulare un contratto con una data impresa appaltatrice, si è ritenuto sproporzionato continuare a legittimare un meccanismo che conduce sistematicamente il creditore dell'appaltatore ad adire in giudizio unicamente il committente, in quanto spesso figura economicamente più solida. La novità in esame parrebbe invece idonea a

rafforzare il sistema virtuoso generato dal meccanismo della responsabilità solidale negli appalti: da un lato infatti, il committente dovrà sempre prestare la massima attenzione nel selezionare i propri *partner*, rimanendo comunque quale garante ultimo, e dall'altro, le imprese appaltatrici dovrebbero essere dissuase dal porre in essere condotte fraudolente, sapendo che il creditore andrà ad indirizzare le prime richieste proprio nei loro confronti. Evidentemente non mancheranno le voci di chi continuerà a rilevare come in tal modo sia stato indebolito uno strumento a favore dei lavoratori; opinione non infondata, ma da stemperare alla luce delle predette ragioni e dalla circostanza che in momenti di crisi economica, in cui vengono da più parti invocati interventi a favore delle imprese, tale nuovo assetto delle posizioni processuali, che non esclude la solidarietà pur regolandone la concreta operatività, può ragionevolmente ritenersi giustificato.
Una norma che preveda la strutturazione della responsabilità solidale negli appalti ispirata a detti principi dovrebbe quindi essere individuata quale espressione di civiltà giuridica, volta a fare in modo, in primo luogo, che ogni impresa sia posta dinnanzi alle obbligazioni che essa stessa contrae, e in secondo luogo, che le imprese committenti possano avere la certezza di esercitare unicamente un ruolo di garanzia e non una funzione automaticamente sostitutiva.
Il Legislatore tuttavia, dopo aver valutato gli interessi contrapposti ed aver scelto quello, a proprio avviso, maggiormente meritevole di tutela, in maniera quasi paradossale ha coniato una norma che in luogo di semplificare la materia, introduce oggettive complicazioni. L'art. 21 riconosce sì una forma attenuata di *beneficium excussionis*, ma di fatto va a creare un meccanismo che opera in maniera differente a seconda che il committente sia convenuto in giudizio unitamente all'appaltatore o da solo.
Nel primo caso il *beneficium excussionis* pare operare in maniera corretta e condivisibile, in quanto il Giudice, dopo aver accertato la responsabilità solidale di entrambi gli obbligati, subordina l'azione esecutiva nei confronti del committente alla infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore. Non altrettanto condivisibile è la regolazione del secondo caso, che opera quando il committente viene convenuto in giudizio da solo (senza contestuale chiamata dell'obbligato principale), ipotesi sempre più frequente e comunque decisamente sgradita alle imprese committenti, che finiscono per vedere distorto il proprio naturale ruolo di garanzia, e non di automatica sostituzione soggettiva rispetto all'obbligato principale. In tale eventualità il committente, oltre ad eccepire la preventiva escussione dell'appaltatore, deve anche «indicare i beni del patrimonio dell'appaltatore sui quali il lavoratore può agevolmente soddisfarsi».
Con riferimento al soggetto a beneficio del quale la legge fa insorgere quest'obbligo, il lavoratore appunto, si rileva che la escussione del committente quale obbligato solidale può tecnicamente avvenire non solo da parte del lavoratore, titolare del credito retributivo, ma anche da parte di soggetti diversi, come ad esempio l'Ente previdenziale, rispetto ai relativi crediti contributivi, previdenziali o assicurativi. Considerata questa ultima fattispecie ci si può domandare se il committente debba comunque indicare i beni su cui l'Ente previdenziale possa «agevolmente» soddisfare il proprio credito, oppure, nel silenzio della legge – come appare preferibile – il committente non abbia alcun obbligo in tal senso. A prescindere dalla soluzione al quesito, si rileva come la scelta lessicale operata dal Legislatore appaia piuttosto approssimativa, non contribuendo a fare chiarezza e a "semplificare" realmente i rapporti giuridici tra le imprese o comunque tra i soggetti coinvolti.
Si osserva, poi, che tale previsione sembra letteralmente ricalcare il disposto dell'art. 2268 c.c. con la differenza che, mentre il socio della società semplice è tenuto a conoscere i beni del patrimonio sociale «sui quali il creditore possa agevolmente soddisfarsi», non pare possa intravedersi il medesimo onere nei confronti del committente relativamente ai beni delle imprese appaltatrici.
In effetti, questo specifico obbligo di informazione, se risulta del tutto giustificato con riferimento alla escussione del patrimonio sociale da parte dei creditori del socio nell'ambito della società semplice (tale è il contesto in cui opera l'art. 2268 c.c.), appare assai meno comprensibile rispetto alla fattispecie del contratto di appalto, che presenta natura strettamente sinallagmatica e non prevede alcun rapporto di tipo "associativo" tra committente ed appaltatore. Si potrebbe anzi dire

che eventuali situazioni di tipo "associativo" tra committente e appaltatore sono spesso piuttosto sospette nell'appalto, in quanto astrattamente idonee ad essere utilizzate in funzione simulatoria per mantenere artificiosamente bassi i limiti dimensionali della impresa committente.
Per la verità, però, queste situazioni di relativa incongruenza della norma potrebbero essere superate nella prassi attraverso la preventiva e specifica indicazione nei contratti di appalto dei «beni del patrimonio dell'appaltatore sui quali il lavoratore può agevolmente soddisfarsi». Tuttavia, anche ove vi fosse una previsione analoga, l'appaltatore potrebbe, nel tempo che precede la instaurazione di un eventuale giudizio, vanificare questa tutela contrattuale alienando o comunque compiendo atti dispositivi dei beni indicati. Perciò parrebbe essere necessario anche apporre un obbligo contrattuale di non disfarsi, per un periodo congruo, dei beni idonei alla soddisfazione del creditore, con la previsione di una penale nel caso non si rispetti tale obbligo. Ulteriore soluzione potrebbe inoltre intravedersi nella previsione espressa di una garanzia fideiussoria in tal senso. In questi casi, infatti, il committente potrebbe limitarsi ad indicare al Giudice i beni che sono già stati preventivamente individuati, ed evitare così di essere sottoposto all'obbligo di una "ricerca diabolica" da effettuare in casa altrui. Ove invece tali beni non fossero indicati nel contratto, appare evidente che si caricherebbe il committente di un onere aggiuntivo e più gravoso di quelli già previsti dalla legge: si consideri che se per verificare la regolarità contributiva dell'appaltatore sarà sufficiente chiedere copia del DURC, non sarà altrettanto semplice individuare «i beni del patrimonio dell'appaltatore sui quali il lavoratore può agevolmente soddisfarsi».
In punta di diritto processuale, si osserva infine che se da un lato pare eccessivo pretendere che il Legislatore arrivi a configurare una ipotesi di litisconsorzio necessario per le cause aventi ad oggetto obbligazioni solidali – in quanto tra l'altro contrario ad un pacifico orientamento giurisprudenziale (cfr. Cass. civ., Sez. lavoro, 24 aprile 2001, n. 6043 e Cass. civ., Sez. III, 27 giugno 2007, n. 14844) – dall'altro non si intravede la *ratio* a supporto di tale regime differenziato, e soprattutto non è chiara la conseguenza di una eventuale impossibilità, da parte del committente, di indicare «i beni del patrimonio dell'appaltatore sui quali il lavoratore può agevolmente soddisfarsi». In mancanza di precisazioni, la disposizione potrebbe essere interpretata dalla giurisprudenza come decadenza dalla possibilità di presentare la eccezione relativa al *beneficium excussionis*. Se così fosse, in definitiva, ci si domanda che senso avrebbe avuto la introduzione del *beneficium excussionis,* se poi si concedesse in parallelo al lavoratore creditore dell'appaltatore la possibilità di evitarne la operatività con una semplice scelta processuale. Da un punto di vista formale si segnala poi la inopportunità di inserire un avverbio come «agevolmente», che di per sé non pare idoneo a conferire certezza.
L'art. 21 presenta inoltre una ultima statuizione secondo cui «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». Confrontando tali parole con la disciplina prevista dall'art. 1292 c.c. relativamente ai rapporti interni fra i condebitori, pare potersi sostenere che la parte finale dell'articolo in esame costituisca – in controtendenza con lo spirito semplificatorio che avrebbe dovuto guidare l'intervento normativo – un, tutto sommato inutile, appesantimento.
La trasformazione in legge del c.d. decreto semplificazioni lascia il sapore delle occasioni mancate. In un momento storico in cui il Governo avrebbe potuto imporre la propria posizione, anche attraverso il ricorso alla fiducia, e ottenere l'approvazione di una buona norma con misure volte a favorire realmente la semplificazione e lo sviluppo, ha finito, almeno per quanto concerne la responsabilità solidale negli appalti, per introdurre elementi che genereranno interpretazioni differenti e che condurranno probabilmente ad un aumento del contenzioso.

Gabriele Gamberini
Adapt research fellow

Davide Venturi
Adapt research fellow