

Sergio Locorotolo

**SULL'AZIONE DIRETTA DEGLI AUSILIARI
DELL'APPALTATORE
NEI CONFRONTI DEL COMMITTENTE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

PRETURA DI ROMA — 29 luglio 1994 — Est. Sordi — Moretti e altri (avv. Salvago) c. Camera di commercio di Roma (avv. Blasi) e Fallimento SAPIM s.a.s. (avv. Falconi).

[456/168] Appalto - Ausiliari dell'appaltatore - Fallimento dell'appaltatore - Azione diretta verso il committente - Proponibilità.

Il fallimento dell'appaltatore non impedisce ai suoi dipendenti di esperire l'azione ex art. 1676 c.c. nei confronti del committente e ciò anche nel caso in cui la prima richiesta di pagamento avanzata dai lavoratori contro quest'ultimo sia successiva alla dichiarazione di fallimento (1).

(Omissis). — Passando alle domande proposte dai lavoratori contro la Camera di commercio, occorre anzitutto stabilire se l'azione concessa dall'art. 1676 contro il committente sia preclusa dall'intervenuto fallimento dell'appaltatore.

La Corte di cassazione (sentenza 10 luglio 1984, n. 4051) ha dato risposta negativa al quesito, evidenziando che l'azione prevista dall'art. 1676 costituisce un'azione diretta e sottratta alle vicende economiche del contratto di appalto al quale si riferisce, in quanto spettante agli ausiliari dipendenti dell'appaltatore per un proprio titolo; pertanto nessuna rilevanza ha sul piano giuridico il sopravvenuto fallimento dell'appaltatore dal momento che l'apertura di quel procedimento concorsuale non può precludere l'esperimento di un'azione tra terzi espressamente accordata dalla legge.

Ritiene il pretore di dover aderire a tale impostazione mentre invece non sono condivisibili le critiche mosse ad essa da chi ha negato la natura autonoma del diritto dei lavoratori nei confronti del committente. In particolare non è fondata la ricostruzione del diritto contemplato nell'art. 1676 c.c. come diritto sottoposto alla *condicio iuris* risolutiva che il credito dell'appaltatore sia stato soddisfatto.

Invero non è precisa l'affermazione secondo la quale sul diritto dei lavoratori ex art. 1676 incidono le vicende del credito dell'appaltatore perché, se è vero che i lavoratori non possono pretendere nulla dal committente se quest'ultimo ha già pagato l'appaltatore, è anche vero che tale circostanza non ha alcun rilievo al fine di stabilire la natura del diritto dei dipendenti che esiste solamente se il committente non ha pagato l'appaltatore. Ciò che occorre considerare è il momento in cui i lavoratori propongono la domanda ex art. 1676 c.c.: se in quel momento il committente ha ancora un debito nei confronti dell'appaltatore, allora essi hanno un diritto nei confronti del committente; se invece il committente ha già pagato, il diritto dei prestatori di lavoro non sorge neppure. Non è vero, quindi, che le vicende del credito dell'appaltatore influiscano sul

diritto dei lavoratori e cioè che l'estinzione del primo faccia venir meno il secondo. In realtà se tale estinzione è precedente alla richiesta formulata ai sensi dell'art. 1676 c.c. il diritto dei lavoratori non sorge neppure; se invece è successiva essa non pregiudica in nessuna maniera i dipendenti dell'appaltatore che ben potranno continuare a pretendere che il committente li paghi.

La ricostruzione corretta, allora, è quella che considera il fatto del mancato pagamento del debito del committente nei confronti dell'appaltatore come fatto costitutivo del diritto ex art. 1676 dei lavoratori; se il pagamento è avvenuto non è corretto dire che esso ha influito sul diritto dei prestatori per il semplice fatto che tale diritto non è neppure sorto; se invece il committente paga l'appaltatore dopo la richiesta avanzata nei suoi confronti dai dipendenti di quest'ultimo, la circostanza non incide minimamente sull'esistenza del diritto dei lavoratori ad essere comunque soddisfatti dal committente.

Sembra allora fuori luogo parlare di condizione risolutiva, così come non sembra pertinente richiamare, per analogia, la situazione degli altri creditori del fallito che, a seguito della dichiarazione di fallimento, non possono più proporre azioni esecutive contro terzi debitori del fallito.

Trattasi, invero, di una fattispecie diversa da quella che qui ci occupa perché in quel caso i creditori non eserciterebbero un loro autonomo diritto contro i terzi debitori, bensì eserciterebbero comunque il diritto di credito che vantano contro il fallito. L'esecuzione contro i terzi, infatti, non è altro che una delle possibili modalità di esecuzione del credito. Al contrario, i lavoratori che si rivolgono al committente in forza dell'art. 1676 esercitano un diritto che l'ordinamento attribuisce loro proprio contro il committente; non si tratta di esecuzione contro i terzi, bensì di esercizio diretto di un'azione contro la naturale controparte della stessa.

Se, dunque, il diritto ex art. 1676 c.c. è autonomo rispetto alle vicende del contratto di appalto, si deve concludere che il fallimento dell'appaltatore non impedisce ai lavoratori di esperire la relativa azione. Ciò non solo nel caso in cui l'apertura della procedura concorsuale sia successiva alla prima richiesta dei lavoratori, ma anche in quello in cui (come nell'ipotesi della Carraturo) sia precedente.

Invero le argomentazioni finora svolte restano valide anche in questo secondo caso. In proposito Trib. Napoli 6 luglio 1970 (in *Dir. fall.*, 1970, II, 930) ha convincentemente spiegato che se è vero che, su un piano meramente economico, l'azione ex art. 1676 c.c. si traduce in un depauperamento dell'attivo fallimentare o in un trattamento di favore verso una determinata categoria di creditori del fallito, sul piano strettamente giuridico essa non viola i principi della destinazione di tutto il patrimonio del fallito alla soddisfazione dei crediti concorsuali e del rispetto della *par condicio creditorum* dal momento che il credito del fallito verso il committente resta avulso dal suo patrimonio per la parte corrispondente al di lui debito verso l'ausiliario. (*Omissis*).

[456/168] (1) **Sull'azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore nei confronti del committente.**

1. La sentenza della Pretura di Roma affronta un argomento che propone problematiche di estremo interesse ai fini della qualificazione giuridica dell'azione diretta che gli ausiliari dell'appaltatore possono esperire nei confronti del committente. In particolare, l'art. 1676 c.c., norma che prevede tale azione, così recita: «coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto a loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui propongono la domanda».

L'origine della norma può farsi risalire a due ordinanze del diritto marittimo francese. La prima, del 1681, concedeva a coloro che avessero collaborato con l'armatore alla costruzione della nave, un diritto di privilegio sulla stessa; la seconda, del 1747, con la quale si attribuiva agli ausiliari dell'appaltatore azione verso il committente per ottenere quanto ad essi dovuto per la costruzione della nave.

Più tardi, il codice napoleonico del 1805, all'art. 1645, stabiliva che «i muratori, i fabbri ed altri artefici impiegati nella costruzione di un edificio o di altra opera data in appalto, non hanno azione diretta contro il committente dei lavori, se non fino a concorrenza del debito che egli ha verso l'imprenditore nel tempo in cui promuovono la loro azione».

La *ratio* delle norme citate era, ovviamente, quella di fornire un adeguato mezzo di tutela giuridica a soggetti, quali i lavoratori, per definizione deboli, rispetto all'inadempimento del loro appaltatore.

Tuttavia l'esame dell'art. 1676 c.c. ha, per lungo tempo indotto dottrina e giurisprudenza a ricercarne il fondamento giuridico (1).

Una prima corrente di pensiero, meno recente, la quale si è occupata approfonditamente del contratto di appalto e dei suoi effetti pratici (2), ha definito l'azione di cui all'art. 1676 c.c., come un'azione surrogatoria speciale che, tutelando il diritto dei creditori, consentiva agli ausiliari di agire contro il committente, per conto dell'appaltatore, fino alla concorrenza del credito di quest'ultimo e nei limiti di quanto ad essi fosse dovuto. A tale posizione si è replicato che l'azione surrogatoria presuppone che chi agisce lo faccia esercitando un diritto altrui, affinché gli effetti possano essere imputati al patrimonio del soggetto per conto del quale si è agito. In realtà, nel caso di specie, gli ausiliari agiscono verso il committente per ottenere «quanto a loro dovuto» facendo valere un diritto proprio e non in via di sostituzione (3), senza necessità, pertanto, che all'eventuale instaurato giudizio partecipi l'appaltatore (4). Si consideri, inoltre, che gli effetti economici dell'azione si trasmettono direttamente nella sfera giuridica degli ausiliari, senza che vadano a costituire patrimonio dell'appaltatore. Non di azione surrogatoria sembra debba parlarsi, bensì di azione diretta (5), come, peraltro, si può dedurre dalla stessa dizione del codice civile.

L'azione diretta consente ad un soggetto che vanti un credito verso il proprio contraente, di agire verso un terzo con il quale non ha mai contrattato, in virtù di un rapporto preesistente instaurato tra il proprio diretto contraente e lo stesso terzo. Tale azione è stata qualificata da alcuni, dal punto di vista processuale, quale azione di condanna (6), da altri quale azione costitutiva (7); ma a queste costruzioni è stato obiettato che esse richiedono il mezzo della domanda giudiziale, strumento tipicamente processuale, che sembra essere eccedente rispetto alla dizione della norma (art. 1676 c.c.), la quale parla di «domanda» senza definirla come giudiziale; inoltre tali qualificazioni non offrono una valida spiegazione del fenomeno dal punto di vista sostanziale. Invero, ciò che sembra mancare è la qualificazione giuridica della fattispecie. A tale proposito possono essere formulate varie ipotesi: si potrebbe, ad esempio, pensare che l'azione diretta degli ausiliari sia giustificabile in virtù di una cessione del credito dell'appaltatore agli ausiliari stessi; a ciò si può ribattere che qui manca una qualsiasi volontà in tal senso, né la legge potrebbe giungere ad imporre tale evento autoritativamente, escludendo il consenso delle parti; si pensi, inoltre, che l'art. 1676 c.c. non esclude assolutamente la possibilità, per l'appaltatore, di agire autonomamente nei confronti del committente; egli, dunque, conserva il proprio diritto. Potrebbe, allora, ipotizzarsi la presenza della solidarietà attiva tra appaltatore ed ausiliari, che potrebbero, entrambi, richiedere l'adempimento, liberandosi il debitore (committente), col pagare indifferentemente all'uno o all'altro. Anche tale soluzione sembra non appagante, posto che qui non ci troviamo di fronte ad un unico diritto di credito vantato da

(1) Per una rassegna di dottrina e giurisprudenza sul punto, ALIBRANDI, *Sulla tutela dei crediti degli ausiliari dell'appaltatore*, in *Arch. civ.*, 1989, 913.

(2) VITA LEVI, *Appalto di opere e lavori si privati che pubblici*, Torino, 1884, 157; FADDA, *Dell'azione del subappaltatore contro il committente*, in *Foro it.*, 1890, I, 401; SCIALOJA, *Sulla natura giuridica dell'azione contro il committente dell'art. 1645 c.c.*, *ivi*, 1890, I, 534; ABELLO, *Dell'azione degli artefici contro il committente*, in *Dir. giur.*, 1912, 25; BARASSI, *Natura dell'azione contro il committente secondo l'art. 1645 c.c.*, in *Foro it.*, 1913, I, 118; CARNELUTTI, *Responsabilità del committente verso il subappaltatore*, in *Riv. dir. proc.*, 1935, 201; GENTILI, *L'azione del cessionario o del subappaltatore di lavori contro il committente*, in *Riv. dir. priv.*, 1937, 27. In giurisprudenza, Cass. 30 gennaio 1939, n. 324, in *Foro it.*, 1939, I, 1146; Cass. 27 giugno 1935, n. 2494, *ivi*, I, 1935.

(3) Parlano di sostituzione in senso ampio: RUBINO, *Dell'appalto*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, art. 1655-1677, sub art. 1676, Bologna-Roma, 1961, 374; SANDULLI, *Sui diritti degli ausiliari dell'appaltatore verso il committente*, in *Riv. giur. ed.*, 1969, I, 25; GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU e MESSINEO, XIV, t. 2, Milano, 1977, 65. In giurisprudenza, Cass. 10 luglio 1975, n. 2714, in *Mass. Giur. it.*, 1975, 779; Cass. 3 luglio 1968, n. 2216, in *Riv. giur. ed.*, 1969, I, 22; Pret. Avezzano 11 luglio 1989, in *Giust. civ.*, 1990, 11, 2192, con nota contraria di CERRI, *Sull'azione degli ausiliari dell'appaltatore verso il committente*.

(4) Pret. Chivasso 12 dicembre 1983, in *Foro it.*, 1984, I, 872.

(5) In dottrina v.: BALENA, *Contributo allo studio delle azioni dirette*, Bari, 1991; VECCHI, *L'azione diretta*, Padova, 1990. Affermano trattarsi di azione diretta: Cass. 6 marzo 1985, n. 1857, in *Arch. civ.*, 1985, 821; Cass. 10 luglio 1984, n. 4051, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1744 con nota contraria di CAPPUCCILLI, *Azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore, pubblica amministrazione, fallimento*; Pret. Chivasso 12 dicembre 1983, cit.; Trib. Napoli 6 luglio 1970, in *Dir. fall.*, 1970, 330; in dottrina, STOLFI, *Appalto*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 645.

(6) BENATTI, *Appunti in tema di azione diretta*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1964, 624; in giurisprudenza, Pret. Napoli 16 febbraio 1984, in *Lavoro '80*, 1984, 837.

(7) In giurisprudenza, Cass. 6 marzo 1985, n. 1857, cit.; Pret. Torino 27 ottobre 1987, in questa *Rivista*, 1989, 619; in dottrina, SANDULLI, *L'appalto*, cit., 27; RUBINO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, VII, Torino, 1958, 57.

più soggetti nei confronti dello stesso debitore, bensì da due diritti di credito distinti, quali quello dell'appaltatore e quello proprio degli ausiliari.

2. Sarebbe, dunque, opportuno individuare i singoli rapporti che costituiscono l'intera fattispecie per verificare gli effetti giuridici determinati dai rapporti negoziali in atto. Infatti, l'art. 1676 c.c. pone in rilievo alcuni interessi ed oneri, variamente distribuiti, che, complessivamente, consentono di definire lo strumento giuridico necessario ai lavoratori per salvaguardare i propri interessi patrimoniali: a) vi è l'interesse primario, per gli ausiliari, di ottenere l'adempimento della prestazione che ad essi spetta, sia esso ad opera del loro diretto contraente (appaltatore), sia dal committente, in virtù del debito che questi ha nei confronti dell'appaltatore per l'esecuzione dell'opera; b) vi è l'obbligo, stabilito per legge, per il committente, di tenere sollevato l'appaltatore dal debito che questi ha nei confronti dei propri ausiliari. Tale obbligo si giustifica, come detto, nel credito che l'appaltatore vanta nei confronti del committente per l'opera eseguita.

Pare, dunque, chiaro che, nel caso di specie, siamo di fronte ad un soggetto (committente) che, *ope legis*, diviene debitore degli ausiliari, aggiungendosi ad altro soggetto (appaltatore), debitore originario degli stessi.

Se questa ipotesi è giusta, si può dire che ci troviamo di fronte ad una forma di solidarietà passiva, quale disciplinata dagli art. 1292 ss. c.c. (8), posto che sia il committente che l'appaltatore sono tenuti alla medesima prestazione.

Tale assunto, però, se spiega l'azione diretta dal punto di vista degli effetti, non riesce a fornire utile indicazione sulla qualificazione giuridica del fenomeno. Pare che si possa ipotizzare una ulteriore conclusione. Si può affermare, infatti, che la legge, autoritativamente, imponga una modificazione nel lato passivo dell'obbligazione, aggiungendo un nuovo debitore al vecchio. Tale aggiunta, però, acquista rilevanza per i creditori (ausiliari) solo in presenza dell'inadempimento dell'appaltatore. Si può, allora, ipotizzare che la legge non faccia altro che prevedere, quale clausola accessoria, *ex lege*, del contratto di appalto, che il committente debba tenere sollevato l'appaltatore dal debito che questi ha verso gli ausiliari. Tale assunzione, imposta alle parti, acquista rilevanza esterna, per gli ausiliari, nel momento dell'inadempimento da parte dell'appaltatore, ed efficacia esterna, dal momento in cui gli stessi propongono domanda al committente per ottenere la prestazione. Allora, a ben considerare la questione, può forse affermarsi l'esistenza di un accollo *ex lege* tra committente ed appaltatore, che acquista efficacia esterna con l'adesione dei creditori (ausiliari) al momento della proposizione della domanda. A questo punto bisogna, però, distinguere.

Se gli ausiliari richiedono l'adempimento della prestazione al committente, attraverso semplice domanda stragiudiziale, è da tale momento che la solidarietà passiva, formatasi al momento dell'inadempimento del committente, assume efficacia esterna, la domanda stragiudiziale costituendo, quindi, adesione all'accollo intercorso tra committente ed appaltatore. Da tale momento si verificano due effetti fondamentali: da una parte, il committente, debitore solidale rispetto all'appaltatore, deve eseguire la prestazione a favore degli ausiliari, non potendo più liberarsi pagando all'appaltatore; dall'altra, gli ausiliari, avendo aderito all'accollo tra appaltatore e committente, possono richiedere la prestazione, indifferentemente, a ciascuno dei propri creditori. Se, invece, gli ausiliari proponessero al committente domanda giudiziale, l'adesione all'accollo potrebbe dirsi essere stata implicita, avendo la domanda giudiziale già determinato a quale dei due obbligati solidali spetti eseguire la prestazione.

Tale impostazione è stata utilizzata (9) per ipotesi « tipiche » di azione diretta, quale quella prevista dall'art. 1595 comma 1 c.c., che, in tema di rapporti tra locatore e subconduttore, accorda al primo « azione diretta contro il secondo per esigere il prezzo della locazione, di cui il subconduttore sia ancora debitore al momento della domanda giudiziale, e per costringerlo ad adempiere a tutte le altre obbligazioni derivanti dal contratto di sublocazione », oppure per spiegare la previsione dell'art. 1717 c.c., per il quale « il mandante può agire direttamente contro la persona sostituta del mandatario ».

Or bene, anche nell'ipotesi prevista dall'art. 1676 c.c., sembra potersi ravvisare un'azione diretta che si giustifica in virtù della presenza di un accollo *ex lege* (10) avente prima rilevanza esterna e poi, con l'adesione dei creditori (attraverso la proposizione della domanda giudiziale o stragiudiziale), efficacia esterna.

Qualificata la fattispecie come accollo *ex lege*, va esaminato il regime delle eccezioni opponibili dal

(8) GRASSO, *Il subcontratto*, Camerino, 1987, 36 ss.

(9) La elaborazione della figura dell'accollo *ex lege* si deve a P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, 251, che la definisce come destinata a ricomprendere « le ipotesi nelle quali la legge dispone l'ingresso, nel rapporto obbligatorio, di un nuovo soggetto accanto o in sostituzione del debitore originario, in conseguenza di un atto o di un negozio che non cade direttamente sul debito ».

(10) FORTE, *Titolarietà ed esercizio delle azioni di cui agli art. 1676 e 2900 c.c. dopo il fallimento*, in *Dir. fall.*, 1960, 11, 396; GIANNATFASIO, *op. cit.*, 66; CALUSI, *Il contratto di appalto nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1955, 27; ANDREOLI, *I titolari del diritto d'azione concesso dall'art. 1645 c.c.*, in *Foro ven.*, 1928, 485.

committente nei confronti degli ausiliari. Appare chiaro come, dunque, possa farsi riferimento all'art. 1273 c.c. che detta il regime delle eccezioni in materia di accollo. La norma così recita « il terzo... può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta ». Tale contratto, non è, come può sembrare ad una prima lettura, il contratto di lavoro intercorso tra appaltatore ed ausiliari, bensì il contratto d'appalto, che è, appunto, il contratto su cui si fonda l'assunzione del debito dell'appaltatore da parte del committente. Tale affermazione risulta, inoltre, fondata sulla espressa previsione dell'art. 1413 c.c. che, regolando il regime delle eccezioni opponibili dal promittente (committente) al terzo (ausiliario), così dispone: « il promittente può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto, ma non quelle fondate su altri rapporti tra promittente e stipulante (appaltatore) »; appare chiaro che il contratto dal quale il terzo deriva il proprio diritto ad agire verso il committente è il contratto d'appalto, posto che la norma esclude l'opponibilità di eccezioni fondate su « altri » rapporti tra promittente e stipulante. Le eccezioni opponibili dal committente sono, dunque, quelle che derivano dal contratto d'appalto oltre quelle che si ritengono normalmente opponibili nell'accollo volontario, relative al rapporto di lavoro tra appaltatore ed ausiliari.

3. Quanto alla proponibilità dell'azione *ex art.* 1676 c.c. in pendenza del fallimento dell'appaltatore, la dottrina (11) e la giurisprudenza (12) dominanti la ritengono assolutamente legittima. Difatti, giustamente, si ritiene che nessuna rilevanza possa avere, sul piano giuridico, il sopravvenuto fallimento dell'imprenditore dal momento che l'apertura della procedura concorsuale non può precludere la proponibilità di una azione tra terzi espressamente accordata dalla legge. Da taluno (13) è stato rilevato che la suddetta ipotesi violerebbe il principio della *par condicio creditorum* sancito dall'art. 52 l.fall. Va ribadito, però, che tale norma trova applicazione esclusivamente rispetto ai rapporti patrimoniali intercorrenti tra il fallito ed i propri creditori, ma non può avere effetto rispetto alle azioni autonome tra terzi, quali l'ausiliario ed il committente, espressamente previste dalla legge; infatti, la somma dovuta dagli ausiliari è, prima del suo pagamento, nel patrimonio del committente, cioè di un terzo rispetto al fallito, pur corrispondendovi un credito di quest'ultimo; tale credito resta, però, precluso da quello degli ausiliari, che abbiano fatto domanda di pagamento, fino alla concorrenza della rispettiva somma.

SERGIO LOCORATOLO
Dottore in giurisprudenza

(11) Cass. 10 luglio 1984, n. 4051, cit.; Pret. Torino 27 ottobre 1987, cit.; Trib. Napoli 6 luglio 1970, cit.; Trib. Padova 20 luglio 1928, in *Foro ven.*, 1928, 485.

(12) CAPPUCCELLI, *op. cit.*, 1750.

(13) Per un'applicazione dell'azione *ex art.* 1676 c.c. in ipotesi di amministrazione controllata, Pret. Siracusa 22 luglio 1980, in *Giur. it.*, 1, 2, 1981, 728.