

Fallimento dell'appaltatore e art. 1676 c.c.

di **Antonio Casilli**

La recente riforma del diritto fallimentare non consente alcuna rilettura dell'art. 1676 c.c. per il "caso specifico" del suo eventuale intersecarsi con le vicende del fallimento, lasciando, così, ancora irrisolte le problematiche già insorte, in particolare, con riferimento al rispetto del principio della *par condicio creditorum* di cui tutta la disciplina del fallimento è permeata.

Disciplina normativa

Il contenuto dell'art. 1676 c.c. è perentorio: «*Coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda*».

La disposizione è stata interpretata dalla dottrina ⁽¹⁾ e soprattutto dalla più recente giurisprudenza ⁽²⁾ **nell'univoco**

senso di riconoscere in capo agli ausiliari dipendenti dell'appaltatore un'azione diretta, e quindi non surrogatoria ⁽³⁾, nei confronti del committente, spettante agli stessi ex lege. Non apparirebbe, quindi, necessario per l'accesso a siffatta azione né l'inerzia dell'appaltatore né che i suoi diritti verso il committente siano già attuali nel suo patrimonio ⁽⁴⁾.

Risulta evidente la pratica rilevanza della norma in questione quale strumento a disposizione del soggetto debole - lavoratore dipendente - onde evitare il pregiudizio che potrebbe derivargli dal fallimento del suo datore di lavoro-appaltatore; sebbene, infatti, i dipendenti abbiano un credito assistito da privilegio in quanto lavoratori subordinati, comunque, in sede concorsuale potrebbero vedere notevolmente ridotte le loro pretese creditorie. Con la norma in commento, invece, la possibilità attribuita all'ausiliare o dipendente dell'appaltatore, di agire nei confronti del committente per il pagamento delle retribuzioni dovute gli dal datore di lavoro-appaltatore

(1) D. Rubino - G. Iudica, *Dell'appalto*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna - Roma, III ed., 1992, 494; C. Giannattasio, *L'appalto*, in *Comm. Cicu Messineo Galgano*, Giuffrè, Milano, 1977, 63.

(2) Cass. civ., sez. lav., 19 aprile 2006, n. 9048, in *Giur. bollettino legis. tecnica*, 2006, 2, 407; Cass. civ., sez. lav., 10 marzo 2001, n. 3559, in *Giur. It.*, 2001, 1883.

(3) Si veda *Fallimento* in *Giur. sist. civ. comm.* fondata da W. Bigiavi, Utet, Torino, 1978, I, 293 a cura di G. Ruisi, A. Maffei Alberti, A. Jorio, G.U. Tedeschi.

(4) M. Costanza, *L'azione ex art. 1676 codice civile in caso di fallimento dell'appaltatore*, in *Il Fallimento*, 2002, 31.

nei limiti del corrispettivo a quest'ultimo spettante elimina, o comunque riduce sensibilmente, il rischio di una falciatura del credito per incapienza dell'attivo fallimentare.

Si è più volte, infatti, affermato in giurisprudenza che, in virtù di tale disposto, **se l'appaltatore è dichiarato fallito l'ausiliario può impedire che il committente versi all'amministrazione fallimentare la somma dovuta al fallito, obbligandolo a soddisfare l'intero credito dal prestatore d'opera vantato verso l'appaltatore** ⁽⁵⁾, il che risponde alla *ratio* specifica della norma in commento.

Tutto questo, però, anche se concretamente assicura un interesse evidentemente ritenuto meritevole di tutela privilegiata, può tradursi in violazione di altro principio anch'esso normativamente tutelato, dato che l'azione diretta di cui si discute prospetta seriamente il rischio di un'alterazione della *par condicio* fra tutti i creditori dell'appaltatore, oltre che, si direbbe paradossalmente, fra gli stessi dipendenti (si potrebbe obiettare che, essendo il credito del lavoratore privilegiato, la sua soddisfazione ben può giustificarsi eventualmente anche in danno degli altri creditori, ma siffatta considerazione si scontra, inevitabilmente, con la possibilità, concreta, che ad essere pretermessi siano altri lavoratori, titolari della medesima posizione creditoria, e, dunque, non in ragione di differenze sostanziali inerenti alla causa del credito, ma semplicemente di contingenze del tutto estemporanee).

La questione verrà approfondita di seguito; per ora ci si limita a segnalare che tuttavia la dedotta "discriminazione" ha ri-

cevuto, fin qui, l'avallo della Suprema Corte ⁽⁶⁾ che ha ritenuto, con pronunce pressoché costanti, che i dipendenti dell'appaltatore fallito possano evitare il concorso con gli altri creditori agendo in giudizio nei confronti del committente e facendosi attribuire direttamente le somme a cui hanno diritto a titolo di retribuzione per il lavoro svolto, godendo, in tal modo, di una disciplina di carattere eccezionale, dettata al fine di tutelare nel modo più ampio gli interessi dei lavoratori dipendenti in deroga al principio generale della *par condicio creditorum* ⁽⁷⁾.

Problematiche e interpretazioni giurisprudenziali

A prescindere, allora, in questa sede, da ulteriori considerazioni inerenti alla natura dell'azione in oggetto, si vuole indagare soltanto sulle eventualità relative all'ipotesi del fallimento dell'appaltatore.

Innanzitutto è pacifico che i prestatori d'opera possono richiedere prima ed ottenere poi dal committente soltanto le somme rispetto alle quali il debito del committente sia capiente ⁽⁸⁾.

Non potranno poi ottenere tutela alcuna nel caso in cui il credito dell'appaltatore nei confronti del committente si sia estinto, a prescindere dalla causa dell'estinzione stessa.

Ai dipendenti potranno inoltre essere opposte tutte le eccezioni opponibili all'appaltatore ⁽⁹⁾, ma non certamente quelle inerenti ai rapporti tra appaltatore ed ausiliari dello stesso, non divenendo in alcun modo il committente parte del rapporto di lavoro an-

(5) Trib. Napoli 6 luglio 1970, in *Rep. Foro It.*, voce Fallimento, c. 802, n. 187; Trib. Milano 11 marzo 1960, in *Diritto fallimentare*, 1960, II, 396.

(6) Cass. civ., sez. lav., 9 maggio 2006, n. 10626, in *Banca dati Il Fallimento*; Cass. civ., sez. lav., 9 agosto 2004, n. 15359, in *Mass. Giur. It.*, 2004; Cass. civ., sez. lav., 10 marzo 2001, n. 3559, in *Contratti*, 2001, 688.

(7) Cass. civ., sez. I, 10 luglio 1984, n. 4051, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 1744 ss. con nota di V. Cappuccilli.

(8) Si veda A. Sandulli, *Sui diritti degli ausiliari dell'appaltatore verso il committente*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1969, I, 23 ss.

(9) F. Benatti, *Appunti in tema di azione diretta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 642.

che se dall'azione ex art. 1676 c.c. deriva una solidarietà passiva⁽¹⁰⁾ che attribuirebbe la facoltà al lavoratore di agire nei confronti dell'appaltatore e del committente sia singolarmente che cumulativamente⁽¹¹⁾.

Da ciò l'insorgenza di problematiche svariate, tra cui, innanzitutto, quelle relative all'esistenza del diritto in capo al fallimento dell'appaltatore di partecipare al procedimento promosso dall'ausiliario, e la necessità o meno che il credito vantato dallo stesso sia già certo.

La questione merita di essere indagata da due angoli visuali che, benché distinti, risultano complementari:

- a. l'incidenza del fallimento, preesistente o sopravvenuto, rispetto alla esperibilità dell'azione dell'ausiliario e alla sua ammissibilità;
- b. l'ammissibilità del litisconsorzio necessario della curatela fallimentare dell'appaltatore nel giudizio instaurato dal dipendente nei confronti del committente ai sensi della normativa in esame.

Queste due ipotesi non sono specificamente e risolutivamente affrontate dalla giurisprudenza, indifferente non solo al confronto con le disposizioni della legge fallimentare, ma anche agli inconvenienti di fatto che i propri orientamenti, ancorché coerenti in punto di diritto *ex lege*, potrebbero produrre nelle vicende del fallimento.

Apoditticamente, la Cassazione⁽¹²⁾ ha

escluso qualsiasi rilevanza giuridica al sopravvenuto - rispetto all'esperimento dell'azione - fallimento dell'imprenditore appaltatore, in quanto l'apertura di quel procedimento concorsuale non può precludere l'«esperimento di un'azione tra terzi espressamente accordata dalla legge»⁽¹³⁾. In questo modo, l'azione in oggetto, costituendo azione diretta *ex lege* fra terzi rispetto al fallito, non risulterebbe assoggettabile alla disciplina dell'art. 52, L.F., che inquadra nel sistema concorsuale solo le azioni e i diritti contro il fallito.

Nessuna distinzione però, altrettanto apoditticamente, è stata evidenziata, nelle numerose pronunce di legittimità, in ordine all'azione diretta ex art. 1676 c.c., avviata prima della dichiarazione di fallimento dell'appaltatore, rispetto a quella iniziata dopo il fallimento⁽¹⁴⁾. Di conseguenza, la stessa è stata ritenuta ulteriormente connotata come indipendente sì da non rendere necessaria la presenza dell'appaltatore come litisconsorte necessario⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾.

Impregiudicata permane la problematica della determinazione certa o meno del credito fatto valere dall'ausiliario nei confronti del committente.

Ancora nulla è stato rilevato nel caso, tutt'altro che peregrino nella pratica, dell'ausiliario che, agendo nei confronti del

(10) Cass. civ., sez. lav., 6 marzo 1985, n. 1857, in *Arch. Civ.*, 1985, 821.

(11) Pret. Torino 5 novembre 1987, in *Giur. Merito*, 1989, 619.

(12) A solo titolo esemplificativo si richiamano: Cass. civ., sez. lav., 24 ottobre 1996, n. 9303, in *Mass. Giur. It.*, 1996; Cass. civ., sez. lav., 14 maggio 1998, n. 4897, in *Mass. Giur. It.*, 1998; Cass. civ., sez. lav., 10 marzo 2001, n. 3559, in *Contratti*, 2001, 7, 688; Cass. civ., sez. lav., 9 maggio 2006, n. 10626, in Banca dati *Il Fallimento*.

(13) *Ibidem*, Cass. civ., sez. lav., 28 luglio 1984, n. 4501, in *Mass. Giur. It.*, 1984.

(14) Si veda però *Le Procedure Concorsuali*, a cura di G.U. Tedeschi, Utet, Torino, 613.

(15) In senso contrario si veda, una datata sentenza della Suprema Corte (Cass. civ., 19 ottobre 1954, n. 3870, in *Foro It.*, 1955, I, 685), che riteneva necessaria la partecipazione al giudizio dell'appaltatore intravedendo la sussistenza di un litisconsorzio necessario; orientamento poi ripreso timidamente con Cass. civ., sez. lav., 2 aprile 1998, n. 3410, in *Mass. Giur. It.*, 1998.

(16) In senso nettamente contrario all'esistenza di un litisconsorzio necessario v. Trib. Roma 5 ottobre 1998, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, 544, con nota di M. Tatarelli; Trib. Saccia 26 giugno 1998, *Giust. Civ.*, 1998, 3287; Cass. civ., sez. lav., 14 maggio 1998, n. 4897, in *Mass. Giur. It.*, 1998 e Cass. civ., sez. lav., 4 settembre 2000, n. 11607, in *Mass. Giur. It.*, 2000.

committente, non si limiti a richiedere la sola somma portata dalla busta paga, in sé ovviamente certa e determinata, ma anche ulteriori voci retributive, a suo dire arbitrariamente omesse dall'appaltatore fallito suo datore di lavoro. Doveroso, sarebbe stato, invece, in tal caso, porsi il problema dell'individuazione del "giudice naturale", se debba essere o meno il "giudice naturale" dei crediti acquisiti alla massa fallimentare (17).

Vero è che il problema dell'ammissibilità o meno dell'azione stessa, positivamente risolto dal dominante orientamento giurisprudenziale di merito e di legittimità, dovrebbe postulare un'opzione di fondo sugli inconvenienti di fatto della sussistenza di pretese creditorie nei confronti del fallimento, non accertate e fatte valere esclusivamente nelle forme previste dalla procedura fallimentare dinanzi al tribunale fallimentare (art. 52, L.F. e art. 92 e ss., L.F.). L'art. 52, L.F. (18), disponendo sugli effetti del fallimento nei confronti dei creditori che agiscano verso il fallito per le proprie ragioni di credito, chiarisce che essi debbano partecipare al concorso nelle forme previste dalla legge fallimentare (19) e l'istanza di ammissione al passivo fallimentare costituisce l'unico modo per far valere il proprio credito nei con-

fronti del fallito; sicché «ove non si ottemperi a ciò l'improcedibilità del giudizio nella sede ordinaria è una conseguenza indefettibile» (20). In tal modo, tutte le posizioni creditorie verso il fallito sono sottoposte al concorso sostanziale (partecipazione proporzionale alla distribuzione del ricavo nella liquidazione fallimentare) e formale (accertamento unitario concorsuale di tutte le posizioni).

A questo punto, le conseguenze coerenti e adeguate non potrebbero che essere due:

- a. l'azione dell'ausiliario nei confronti del committente, ex art. 1676 c.c., necessita obbligatoriamente di un credito certo e non soggetto a preventivo accertamento;
- b. la presenza dell'appaltatore (21) (e dunque della curatela fallimentare) deve comunque essere garantita nel giudizio, in modo tale che l'appaltatore, come è stato affermato da alcuni giudici, sia messo «in condizione di controllare e di contraddire rispetto ad una decurtazione di una posta attiva del proprio patrimonio, e il committente, tramite la collaborazione dell'appaltatore, (di) avere contezza dell'esistenza e dell'ammontare delle spettanze dell'ausiliario» (22).

Questa elementare coerenza non sembra tuttavia apprezzata dalla Suprema

(17) T. Manferoce, *Tribunale fallimentare e giudice del lavoro: suddivisione di competenze in pericolo soprattutto in relazione alle domande di accertamento del rapporto di lavoro*, in *Il Fallimento*, 1990, 213 ss.; A. Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1998, 104 ss..

(18) Per una ampia panoramica si rimanda a G. Ruisi, *Gli effetti del fallimento rispetto ai creditori*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Utet, Torino, 1978, I, 494.

(19) Trib. Trento 24 aprile 1980, in *Il Fallimento*, 1980, 983; Cass. civ., sez. I, 5 marzo 1990, n. 1729, in *Il Fallimento*, 1990, 698.

(20) Si veda A. Fabiani, *L'esclusività del rito dell'accertamento del passivo*, in *Il Fallimento*, 1990, 898.

(21) Per Cass. civ., sez. lav., 23 aprile 1999, n. 4067, in *Mass. Giur. It.*, 1999, l'appaltatore è litisconsorzio necessario, attesa l'inscindibilità dei rapporti intercorrenti fra i suoi ausiliari ed il committente; per Cass. civ., sez. lav., 28 settembre 2005, n. 18913, in *Mass. Giur. It.*, 2005, sussisterebbe soltanto un litisconsorzio processuale, ed eventuale, stante la posizione sussidiaria e meramente accidentale dei terzi, nei cui confronti si dovesse svolgere una domanda autonoma.

(22) Pretura di Lecce, sez. lav., 9 febbraio 1999 (ord.); Trib. Lecce, sez. lav., 12 aprile 1999 (ord.), in *Le Corti di Bari, Lecce e Potenza*, 1999, I, 41, secondo una lettura che appare costituzionalmente corretta e quindi adeguatrice rispetto allo sbilanciamento prodotto dalla supina evocazione della eccezionalità della tutela accordata all'ausiliario.

Corte. Nella sentenza 6 marzo 1985, n. 1857, si legge, infatti, che dall'art. 1676 c.c. deriverebbe soltanto una solidarietà passiva fra appaltatore e committente ai sensi dell' art. 1292 c.c., perché entrambi tenuti alla stessa prestazione per lo stesso titolo giuridico, pur non divenendo il committente parte del rapporto di lavoro; sicché, trattandosi di sola solidarietà passiva ex art. 1292 c.c., non si potrebbe sostenere la inscindibilità di causa a norma dell'art. 331 c.p.c., e quindi dovrebbe escludersi il litisconsorzio necessario, come sostenuto dalla prevalente giurisprudenza ⁽²³⁾.

Analogamente, Cass. civ., sez. lav., 24 ottobre 1996, n. 9303 ha statuito che **«la domanda ai sensi dell'art. 1676 c.c., proposta dall'ausiliare dell'appaltatore verso il committente per conseguire (nei limiti di quanto dovuto dal committente all'appaltatore) il soddisfacimento del suo credito retributivo, appartiene al pretore in funzione di giudice del lavoro, ai sensi dell'art. 409 c.p.c., atteso che tale azione (giudicata autonoma da quella esperibile nei confronti dell'appaltatore) trova fondamento non nel rapporto di appalto bensì nel rapporto di *locatio operarum*»**.

Sporadiche voci discordi a favore dell'inscindibilità dei rapporti intercorrenti fra il committente, l'appaltatore e gli ausiliari di quest'ultimo, con la relativa doverosa partecipazione al giudizio promosso ai sensi dell'art. 1676 c.c. anche dell'appaltatore quale litisconsorte necessario, si riscontrano in Cass. civ., 19 ottobre 1954, n. 3870, nonché, di recente, Cass. civ., sez. lav., 2 aprile 1998, n. 3410. Se dunque l'ammissibilità del litisconsorzio necessario non è chiara, inequivoca apparirebbe, ai giudici sia di legittimità che di merito (fatte salve recentissime eccezioni di seguito analizza-

te), l'ammissibilità dell'azione ex art. 1676 c.c. in costanza di fallimento, come al solito sempre per la ragione che la stessa sarebbe finalizzata *ex lege* a realizzare direttamente l'interesse creditorio degli ausiliari, soddisfatti così in via preferenziale rispetto agli altri creditori dell'appaltatore.

Irrilevante, a questo punto, l'inconveniente di fatto che gli ausiliari in questione, ancorché non titolari di un particolare privilegio (all'infuori di quello generale per essere lavoratori dipendenti del fallito) sulle somme ancora dovute dal committente all'appaltatore, possano, qualora il credito sia nella sfera del committente, esercitare l'azione anche dinanzi all'intervenuto fallimento, conseguentemente depauperato.

Ma l'evidente disparità di trattamento tra i creditori del fallito è inevitabile: sia come disparità legata alla circostanza di rivestire o meno, i creditori, il ruolo di ausiliari dello stesso, sia come ulteriore disparità tra i medesimi ausiliari, premiati alcuni, in caso di incapienza del credito vantato nei confronti del committente, soltanto se tempestivi e disponibili nel promuovere l'azione. Ma anche quest'ultimo inconveniente è assorbito dal postulato che l'azione, per il suo carattere diretto, rimane tra terzi e non infrange l'art. 52, L.F., tant'è che conclusivamente la Corte di Cassazione ha chiarito che «l'azione diretta rappresenta uno specifico strumento di tutela predisposto a favore dei dipendenti di quest'ultimo (l'appaltatore), di fronte al rischio dell'inadempimento o dell'insolvenza da parte del medesimo e in considerazione del particolare vantaggio che il committente ricava dalla loro attività; e che per tali ragioni, espressioni di una precisa scelta di politica legislativa, non è suscettibile di censura di illegittimità costituzionale»⁽²⁴⁾.

(23) Cass.civ., sez. II, 28 settembre 1994, n. 7896, in *Mass. Giur. It.*, 1994; Cass. civ., 18 gennaio 1984, n. 443, in *Mass. Giur. It.*, 1984; Trib. Venezia 22 dicembre 2000, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2001, 467.

(24) In materia di appalto, l'apertura del procedimento fallimentare nei confronti dell'appaltatore non

Carattere di specialità della norma

Dunque gli “inconvenienti di fatto” insorgenti nei “casi specifici” del fallimento sarebbero assorbiti da una «precisa scelta di politica legislativa», non suscettibile di censura sul piano costituzionale. La Cassazione utilizza in modo assai blando il limite di cui all’art. 28, della legge 11 marzo 1953, n. 87, che, come è noto, esclude, «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento». È tuttavia altrettanto noto che tale “limite” non è per niente assoluto e consente comunque, in forme e con tecniche piuttosto complesse, di sindacare un vero e proprio “eccesso di potere legislativo” (25).

Inoltre, la chiusura argomentativa della Cassazione non è definitiva anche perché l’invocazione di una scelta legislativa, ancorché “precisa” non è mai sufficiente a dirimere i dubbi su una norma, soprattutto quando questa, con il suo riconosciuto carattere speciale e derogatorio, intacca procedure e condizioni di parità di trattamento sostanziale, come appunto la *par condicio creditorum* nel fallimento.

Si provi infatti a scandagliare gli ele-

menti che identificherebbero la specialità dell’art. 1676 c.c.

A seguito della citate sentenze della Suprema Corte del 10 luglio 1984, n. 4051 e del 10 marzo 2001, n. 3559, tra l’altro non consolidata a Sezioni Unite, si sono sviluppati tre successivi profili argomentativi, sempre della Suprema Magistratura, sostanzialmente apodittici, in quanto non esplicitamente enucleabili dal contenuto normativo della disposizione in oggetto e ciononostante postulati in via di principio.

a) In primo luogo, secondo la Cassazione (26), l’azione diretta dell’ausiliare nei confronti del committente riguarderebbe il pagamento delle retribuzioni dovute e sarebbe quindi indipendente da quella che egli possiede nei confronti dell’appaltatore, in quanto fondata non sul contratto d’appalto, che rilevarebbe solo strumentalmente, bensì sulla *locatio operarum* e comunque su un titolo eccezionale di derivazione legislativa. Resta da chiarire se l’art. 1676 c.c., in forza di tanto, si ponga a tutela del mero rapporto sostanziale tra prestatore d’opera e acquirente, comunque coincidente con la titolarità del rapporto de-

comporta l’improcedibilità dell’azione precedentemente esperita dai dipendenti nei confronti del committente, ai sensi dell’art. 1676 c.c., per il recupero dei loro crediti verso l’appaltatore/datore di lavoro, atteso che la previsione normativa di una tale azione risponde proprio all’esigenza di sottrarre il soddisfacimento dei crediti retributivi al rischio dell’insolvenza del debitore e che, d’altra parte, si tratta di un’azione “diretta”, incidente, in quanto tale, direttamente sul patrimonio di un terzo (il committente) e solo indirettamente su un credito del debitore fallito, sì da doversi escludere che il conseguimento di una somma, che non fa parte del patrimonio del fallito, possa comportare un nocimento delle ragioni degli altri dipendenti dell’appaltatore, che fanno affidamento sulle somme dovute (ma non ancora corrisposte) dal committente per l’esecuzione dell’opera appaltata; né tale situazione suscita sospetti di incostituzionalità, con riferimento all’art. 3 Cost. (letto in corrispondenza del principio della *par condicio creditorum*), non essendo irrazionale una norma che accorda uno specifico beneficio a determinati lavoratori, anche rispetto ad altri, in relazione all’attività lavorativa dai medesimi espletata e dalla quale un altro soggetto (il committente) ha ricavato un particolare vantaggio. Cass. civ., sez. lav., 10 marzo 2001, n. 3559, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, 767, nota di A. Caiafa.

(25) Nella sterminata bibliografia sull’argomento, è utile, nell’economia del discorso di questo studio, il saggio di S. Bartole, *L’elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, in AA.VV., *Corte Costituzionale e principio di eguaglianza*, Cedam, Padova, 2001, 35 ss.

(26) Cass. civ., sez. lav., 24 ottobre 1996, n. 9303 in *Mass. Giur. It.*, 1996; Cass. civ., sez. lav., 14 maggio 1998, n. 4897.

- dotto in giudizio, o se, come sostenuto talvolta dalla giurisprudenza di merito, rappresenti un'eccezione a siffatto principio (27).
- b) A maggior ragione, è da escludere che la *ratio* dell'articolo possa risiedere nella più ampia tutela degli interessi dei lavoratori come categoria sociale e contrattuale più debole, come invece sembra riconoscere la citata giurisprudenza del Supremo Collegio. Se così fosse, l'art. 1676 c.c. risulterebbe inadeguato e persino lesivo dell'effettiva tutela dei lavoratori, se non altro perché ometterebbe di disporre l'obbligazione in solido del committente con l'appaltatore, non garantirebbe comunque il credito lavorativo in esubero rispetto al debito del committente verso l'appaltatore e addirittura mortificherebbe irreversibilmente le legittime aspettative dei dipendenti in caso di estinzione del credito dell'appaltatore (28) (29).
- c) La Corte non si nasconde l'inevitabile attrito con il principio della *par condicio creditorum* desumibile dall'art. 52, L.F., tuttavia suppone di superarlo an-

cora una volta nella ridondante riaffermazione che l'art. 1676 c.c. individuebbe una categoria eccezionale di creditori, per i quali però non verrebbe mai meno il diritto di rivolgersi anche contro l'appaltatore. A questo punto della sua evoluzione, l'argomentare della Suprema Corte finisce col provare troppo. Sembra infatti che, in nome della tutela della condizione degli ausiliari dell'appaltatore, il legislatore civile sia disposto a contraddire se stesso. Da un lato, con l'art. 1676 c.c., contemplerebbe un'azione diretta verso il committente, limiterebbe le pretese dei lavoratori alle sole somme che il committente deve all'appaltatore, per poi infine riconoscere comunque sussistenti i diritti dell'ausiliario contro l'appaltatore, sia per l'intero importo del debito sia per le somme in esubero rispetto a quelle dovute dal committente, da far valere evidentemente anche in caso di fallimento dell'appaltatore. Il lavoratore che verserebbe nella specifica condizione di ausiliario dell'appaltatore, pur di essere tutelato,

(27) Questo primo assunto induce inevitabilmente ad intravedere nell'art. 1676 c.c. la previsione di tutela di un rapporto sostanziale tra prestatore d'opera e committente, separato e indipendente da quello di appalto e consequenzialmente fondativo dell'azione in esso contemplata, a riconferma del principio che la legittimazione ad agire dovrebbe coincidere sempre con la titolarità del rapporto dedotto in giudizio. Per la verità, una conclusione del genere non è sempre stata condivisa dalla giurisprudenza di merito, la quale ha talvolta ravvisato proprio nella eccezionalità della previsione dell'art. 1676 c.c. la sussistenza di una deroga al principio suddetto, con la conseguenza diametralmente opposta di configurare l'azione descritta non fondata sul diritto dedotto in giudizio. Tant'è che la stessa Cassazione ha dovuto riconoscere in passato una simile prospettiva (Cass. civ., sez. I, 3 luglio 1968, n. 2216). Appare difficile, pertanto, assumere certezze sulla sussistenza di un rapporto di carattere sostanziale fra prestatore d'opera e committente, come fondamento dell'azione prevista dall'art. 1676 c.c., il quale comunque tace al riguardo. Al contrario, il fatto che la disposizione faccia riferimento alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore sembrerebbe legittimare l'ipotesi non tanto di una piena e definitiva pretesa soggettiva, bensì di un semplice diritto di esazione di credito altrui.

(28) Più verosimilmente, la disposizione si inserisce nel quadro della disciplina del contratto di appalto in una prospettiva che il codice civile fa ruotare prevalentemente sulla dinamica del rapporto fra appaltatore e committente, come dimostra, fra l'altro, il precedente art. 1675 c.c., sui diritti e obblighi degli eredi dell'appaltatore. Altrimenti, si dovrebbe giungere ancora una volta alla improbabile conclusione di ammettere l'esistenza di un rapporto di lavoro fra il committente e gli ausiliari dell'appaltatore, tacitamente avallato dalla norma.

(29) Si veda anche D. Rubino, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ.*, edito da F. Vassalli, Torino, Utet, 1980, 860; M. de Tilla, *L'appalto privato e pubblico*, Milano, Giuffrè, 1996, I, 612; M. Costanza, *Il Contratto di appalto*, in *Il Fallimento*, 1998, 119; P. Stolfi, *Appalto (contratto di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 629 ss.

usufruirebbe di un ventaglio di strumenti piuttosto ampio e non comune rispetto a qualsiasi altra categoria di prestatori d'opera: azione verso il committente, indipendentemente dal fallimento dell'appaltatore; azioni verso l'appaltatore; possibilità, nel caso di fallimento dell'appaltatore, di inserire il credito nella massa fallimentare nell'ordine di privilegi previsti, per l'intero o per le quote residue.

Dall'altro, invece, lo stesso legislatore, anche della riforma, in materia concorsuale dimentica, in ossequio al principio della *par condicio*, siffatta tendenza di politica legislativa e sceglie, paradossalmente, di sacrificare proprio quelle istanze che ha dapprima con tanta attenzione, tutelato.

Infatti, se è accettabile l'idea, avanzata dalla Corte di Cassazione, che la terzietà del rapporto fra ausiliario e committente giustifichi la sua estraneità rispetto al fallimento dell'appaltatore, incongruente appare sicuramente la circostanza che proprio il sopraggiunto fallimento determini di fatto disparità di trattamento fra gli ausiliari dell'appaltatore, in quanto non tutti saranno tutelati in eguale misura e con risultati certi e legislativamente predeterminati, ma solo coloro che avranno esperito l'azione ex art. 1676 c.c., perché consapevoli o nella condizione anche economica di poterlo fare, a causa la necessaria assistenza di un legale, rimanendo per gli altri la residuale e poco rassicurante via dell'iscrizione alla massa fallimentare, tra l'altro ridimensionata proprio dalle vicende processuali aperte con l'art. 1676 c.c. ma inattuabili dalla curatela fallimentare. Per di più, quei lavoratori già soddisfatti degli esiti della garanzia ex art. 1676 c.c. potranno sempre iscrivere alla massa il proprio credito residuo rispetto al limite fissato dalla norma eccezionale.

Insomma, l'eccezionalità della tutela del credito, accordata dall'articolo in oggetto, si tramuterebbe di fatto nella circostanza che una posizione soggettiva sia considerata *potior iure* solo perché legislativamente raggiungibile *priore tempore*, premiando, come già più volte sopra argomentato, in spregio a qualsiasi principio di uguaglianza anche sostanziale oltre che formale, singoli ausiliari solo perché più attrezzati o agguerriti rispetto alla massa dei più. La eccezionale tutela giudiziale di cui parla la Corte di Cassazione scadrebbe infatti nella rincorsa alla produzione di una situazione di fatto inespugnabile che diverrebbe paradossale nel momento in cui i debiti dell'appaltatore fallito dovessero esclusivamente o prevalentemente derivare da rapporti di lavoro con i propri ausiliari (30).

Evidentemente, l'unica soluzione alternativa al paradosso descritto dovrebbe risiedere nella individuazione di una norma che, nella salvaguardia della specialità della disciplina dell'ausiliario verso il committente, espliciti il vincolo di indisponibilità sul credito dell'appaltatore fallito. Ma tale norma non potrebbe che rintracciarsi nei disposti degli artt. 51 e 52, L.F., per i quali l'apertura della procedura concorsuale preclude l'azione dei singoli creditori. Senonché, sono proprio le suddette disposizioni a non poter essere invocate, una volta postulata la "indifferenza" dell'azione ex art. 1676 c.c. di fronte al fallimento.

Rapporto tra eccezione e regola: bilanciamento dei diritti nella giurisprudenza di merito

L'evidenziata inconciliabilità tra i due corpi normativi può allora essere sanata soltanto nella misura in cui il rapporto tra art. 1676 c.c. e *par condicio creditorum* sia contestualizzato ai singoli "casi specifici",

(30) Vicenda presa in esame dalla Pretura di Lecce, 9 febbraio 1999 (ord.); Tribunale di Lecce 12 aprile 1999 (ord.), *Le Corti di Bari, Lecce e Potenza*, 1999, I, 41.

nella consapevolezza che una risposta definitiva e generale della giurisprudenza sugli stessi non è stata raggiunta ⁽³¹⁾.

È in tale prospettiva che alcuni giudici di merito ⁽³²⁾ hanno cercato di porre un argine alla indifferenziata applicazione dell'art. 1676 c.c., partendo appunto dalla distinzione tra ipotesi di sopravvenienza e preesistenza del fallimento rispetto alla domanda giudiziale dell'ausiliario.

Un esperimento del genere ben corrisponde ai dettami giurisprudenziali costituzionali e, oltre alla constatazione formalistica dell'avvenuta scelta legislativa, favorisce il bilanciamento degli interessi coinvolti nella vicenda.

Ecco allora che il fallimento sopravvenuto risulta irrilevante negli effetti verso gli ausiliari dell'appaltatore, in quanto questi ultimi vincolano, con la proposizione dell'azione codificata, il credito dell'appaltatore verso il committente alla futura (all'esito del giudizio) soddisfazione delle proprie ragioni verso l'appaltatore, con effetti del tutto analoghi a quelli di un pignoramento preordinato all'espropriazione sostanziale del credito ⁽³³⁾; così facendo, possono di fatto giovare del disposto dell'art. 2917 c.c. circa l'inefficacia di successive vicende estintive del credito.

Al contrario, per il caso in cui il fallimento preesista alla proposizione della domanda ex art. 1676 c.c. e dunque il credito vantato dall'appaltatore verso il committente sia già stato acquisito alla massa fallimentare, l'art. 2917 c.c., ritenuto applicabile anche in ipotesi di fallimento e con riguardo a qualsiasi credito del falli-

to apprendibile alla massa fallimentare ⁽³⁴⁾, **governerà ai creditori fallimentari, nel senso della inefficacia, nei loro confronti, di una qualsiasi vicenda estintiva successiva, ivi compresa quella che scaturirebbe dal provvedimento giudiziale che attribuisse detto credito agli ausiliari dell'appaltatore in virtù di azione diretta ex art. 1676.**

Si spiega allora perché, stante l'art. 2906 c.c. per il quale «non hanno effetto in pregiudizio del creditore sequestrante le alienazioni e gli altri atti che hanno per oggetto le cose sequestrate, in conformità delle regole stabilite per il pignoramento»; l'azione ex art. 1676 c.c. non «attribuisce agli ausiliari alcun diritto reale sulle somme ancora dovute dal committente all'imprenditore, (e) quindi (i dipendenti) non hanno diritto di domandare la separazione di tali somme a loro favore qualora vengano pignorate da altri né in caso di fallimento dell'appaltatore» ⁽³⁵⁾. **Di conseguenza, anche nel caso in cui l'ausiliario faccia domanda di pagamento al committente e l'appaltatore abbia già ceduto (attraverso cessione notificata) il suo credito verso il committente, oppure lo stesso sia stato pignorato, la richiesta ex art. 1676 c.c. non potrà essere avanzata.**

A maggior ragione, il discorso si giustifica rispetto agli affetti di cui agli artt. 42 e 44, secondo comma, L.F. ⁽³⁶⁾.

In questo senso, peraltro, le poche voci in dottrina critiche rispetto al predominante assunto giurisprudenziale possono recuperare spazio nell'orientare le questioni di interpretazione che i giudici si de-

(31) È appena il caso di ricordare che la gran parte delle sentenze fin qui citate della Suprema Corte analizzano il solo contesto del sopravvenuto fallimento, per sancirne l'assoluta "irrilevanza" giuridica.

(32) Ci si riferisce specificamente a due decisioni del Pretore Giudice del Lavoro di Lecce 25 maggio 1999 e del Tribunale di Lecce, sez. lav., 12 aprile 1999, inedite.

(33) Così già Cass. civ., sez. lav., 2 aprile 1998, n. 3410, in *Mass. Giur. It.*, 1998.

(34) Per tutte, Cass. civ., sez. I, 21 ottobre 1991, n. 11127, in *Dir. Fall.*, 1992, II, 476.

(35) Così D. Rubino - G. Iudica, *Dell'appalto, op. cit.*, 494 e *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Parte II: *Gli effetti della dichiarazione di fallimento*, op. cit. 628 (293).

(36) Correttamente richiamati dal Tribunale di Lecce (pagina 7 della decisione).

vono porre sull'art. 1676 c.c. Nel rapporto tra eccezione (art. 1676 c.c.) e regola (art. 52, L.F.) si ristabilisce un bilanciamento non assoluto, ma almeno contestualizzato alle vicende temporali della dichiarazione di fallimento. Infatti, «da ciò discende che il credito vantato dall'appaltatore fallito sia ricompreso nel patrimonio sottoposto alla procedura concorsuale. Pertanto su tale credito, se il fallimento è anteriore all'azione dei dipendenti, nasce un vincolo di indisponibilità, identico a quello che deriverebbe da un'azione esecutiva o cautelare di un singolo creditore. Una volta dichiarato il fallimento, quindi, l'esercizio, da parte dei dipendenti, dell'azione ad essi riconosciuta dall'art. 1676 c.c. nei confronti del committente (considerato che tale azione non è autonoma dalle vicende del credito dell'appaltatore nei confronti del committente) si pone in contrasto con la procedura di espropriazione in corso, essendo rivolta in sostanza a sottrarre un bene che invece ne costituisce oggetto» (37).

Ne consegue, dunque, l'opportunità di un'opzione interpretativa atta a valorizzare la sentenza dichiarativa di fallimento quale linea di dislivello tra:

- azionabilità della pretesa ex art. 1676 c.c. nel caso in cui la stessa sia preliminare alla dichiarazione, con il corollario che dovrebbe essere garantita in questa evenienza la presenza in giudizio, quale litisconsorte necessario, quanto meno processuale, anche dell'appaltatore - in quanto fallito nella persona del curatore del fallimento - ai fini di cui sopra;
- inutilità dell'esperibilità della stessa, nel caso in cui la sentenza dichiarativa sia stata già pronunciata.

Duole constatare, tuttavia, che, benché la riforma avrebbe potuto rappresentare il momento di emersione di siffatta interpretazione - peraltro costituzionalmente conforme ai principi normativamente sanciti sia in tema di contratto di appalto che di procedure concorsuali - il legislatore non abbia voluto prendere posizione in proposito, delegando l'onere di una scelta di volta in volta necessaria nel caso concreto ed eventualmente esorbitante il dato normativo e le scelte di politica legislativa alla prudente interpretazione della giurisprudenza di merito e di legittimità, fermo restando che tali e tanti risultano i nodi problematici della materia da involgere anche profili di legittimità costituzionale che non è escluso vengano sottoposti all'attenzione della Corte. ■

(37) V. Cappuccilli, *op. cit.*