

I

2. Tribunale Milano 22 gennaio 2010, est. Mennuni, Alvarado + 50 c. Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Cà Granda.

➤ **Appalto - Committente pubblica amministrazione - Responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore ex art. 29, 2° comma, D. Lgs. 276/03 - Sussistenza.**

➤ *È applicabile anche agli appalti conferiti dalle pubbliche amministrazioni la norma di cui all'art. 29, 2° comma, D. Lgs. 10/9/03 n. 276, secondo la quale, in caso di appalto di opere o di servizi, il committente è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e ad adempiere agli obblighi contributivi previdenziali.*

II

3. Tribunale Busto Arsizio 29 marzo 2010, est. Molinari, Comune di Fagnano Olona (avv. Franceschet) c. Pecora (avv. Bordone, Perone e Perucco).

➤ **Appalto - Committente pubblica amministrazione - Responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore ex art. 29, 2° comma, D. Lgs. 276/03 - Sussistenza.**

➤ *È applicabile anche agli appalti conferiti dalle pubbliche amministrazioni la norma di cui all'art. 29, 2° comma, D. Lgs. 10/9/03 n. 276, in quanto la deroga contenuta nell'art. 6, 1° comma, L. 14/2/03 n. 30 è limitata esclusivamente al personale delle stesse e non si estende invece ai lavoratori dipendenti dall'appaltatore.**

I

(...) I ricorrenti, dipendenti della cooperativa Fincoop, hanno lavorato con mansioni di operatore socio-sanitario presso l'appalto di servizi nei reparti dell'Ospedale Niguarda Ca' Granda senza percepire, in costanza di rapporto, quanto loro dovuto a titolo di retribuzione, indennità Oss, Ert, elemento retributivo territoriale, che hanno chiesto all'odierna convenuta nella sua qualità di committente dell'appalto ai sensi degli artt. 29 D. Lgs. 276/03, 1976 c.c. , 118 D. Lgs. 163/06 e 36 L. 300/70.



* La nota di Filippo Capurro segue il testo delle sentenze.

La prova sulle circostanze di fatto è documentale e ricavabile dai contratti di assunzione, tenuto altresì conto della circostanza che tutte le contestazioni in fatto sono generiche e buste paga e il ricorso appare fondato.

L'azione diretta è giustificata dall'art. 1676 c.c. Più problematica è l'applicabilità agli appalti pubblici della responsabilità solidale di cui all'art. 29 D. Lgs. 276/03.

L'art. 29, 2° comma, del D. Lgs. 276/03 (come modificato prima dal D. Lgs. 251/04 e poi dalla L. 296/06) dispone testualmente: «In caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti».

La norma non fa alcuna distinzione tra committente pubblico e committente privato, né tra contratto pubblico di appalto di servizi (disciplinato dal D. Lgs. 163/06) e contratto di appalto di diritto comune (disciplinato dagli artt. 1655 e sgg. c.c.).

L'art. 1, 2° comma, D. Lgs. 276/03 dispone espressamente che «il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale».

Come autorevolmente affermato dalla corte d'Appello di Torino, «tale disposizione va interpretata nel senso di escluderne l'applicazione solo nel caso di rapporto di lavoro di pubblico impiego e non nei casi di rapporti di lavoro con la PA».

Il decreto legislativo delegato, infatti, deve essere interpretato alla luce della legge delega, al fine di salvaguardarne un'interpretazione conforme al disposto dell'art. 76 Cost.

L'art. 6 della legge delega n. 30/03 stabiliva che «le disposizioni degli artt. da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate». Le disposizioni degli artt. da 1 a 5 riguardavano: delega al Governo per la revisione della disciplina dei servizi pubblici e privati per l'impiego, nonché in materia di intermediazione e interposizione privata nella somministrazione di lavoro (art. 1), delega al Governo in materia di riordino dei contratti a contenuto formativo e di tirocinio (art. 2), delega al Governo in materia di riforma della disciplina del lavoro a tempo parziale (art. 3), delega al Governo in materia di disciplina delle tipologie di lavoro a chiamata, temporaneo, coordinato e continuativo, occasionale, accessorio e a prestazioni ripartite (art. 4), delega al Governo in materia di certificazione dei rapporti di lavoro (art. 5).

L'art. 6 della legge delega si poneva, dunque, come deroga espressa alla previsione dell'art. 2, 2° comma, del D. Lgs. 165/01 che prevede, in via generale, che i rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e delle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa; il legislatore delegato è stato quindi autorizzato a escludere l'applicazione dei decreti delegati «al personale delle pubbliche amministrazioni» (art. 6 L. 30/03), cioè ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Interpretando le disposizioni del decreto delegato, e in particolare l'art. 1, 2° comma, del D. Lgs. 276/03, alla luce della legge delega, deve ritenersi che la corretta interpretazione è quella che considera l'espressione «le pubbliche amministrazioni e...

il loro personale» come un'endiadi, che sta per l'espressione «il personale delle pubbliche amministrazioni», in conformità al dettato dell'art. 6 della legge delega.

Pertanto, il riferimento dell'art. 1, 2° comma, D. Lgs. 276/03 alle pubbliche Amministrazioni non può che essere riferito alle stesse in qualità di datori di lavoro pubblico, proprio per esplicitare con chiarezza l'impossibilità, per le Amministrazioni, di utilizzare le nuove forme contrattuali flessibili introdotte dallo stesso D. Lgs. (lavoro a chiamata, temporaneo, coordinato e continuativo, occasionale, accessorio, a prestazioni ripartite ecc.), se non espressamente richiamate (come accade, ad es., nell'art. 86, 9° comma, in materia di somministrazione di lavoro a tempo determinato).

Posto dunque che il legislatore poteva escludere dalla disciplina dei decreti attuativi la pubblica amministrazione, altrettanto non poteva fare nei confronti della pubblica amministrazione in relazione all'attività esercitata nel suo ruolo istituzionale non potendosi rinvenire alcuna giustificazione in una differenziazione di trattamento tra imprenditore privato e pubblica amministrazione che opera non come datore di lavoro diretto ma come datore di lavoro committente in appalto di servizi.

Ad avviso di chi scrive, l'art. 29 impone un onere aggiuntivo alla PA a causa del mancato controllo oltre che per *culpa in eligendo*.

L'ospedale convenuto avrebbe infatti dovuto e potuto verificare la correttezza dell'adempimento in corso di esecuzione e pretendere il corretto pagamento di tutti gli istituti contrattuali da parte della appaltatrice.

Poiché tutte le voci oggi richieste erano già state richieste in via solidale con il rituale tentativo di conciliazione, rilevato che l'appalto è cessato il 30/4/08 e il primo ricorso introdotto il 30/1/09, considerato altresì che le domande sono state solo genericamente contestate dalla convenuta, si deve ritenere che ricorrono tutti i requisiti per l'applicazione dell'art. 29 D. Lgs. 276/03 con integrale accoglimento dei ricorsi, nella misura in essi determinata che appare corretta, e con ulteriore condanna al pagamento degli interessi dalle singole scadenze al saldo. (...)

II

(...) L'opposizione non è fondata e va pertanto respinta, ne consegue la conferma del decreto impugnato.

La società opponente ha posto a fondamento della propria opposizione la tesi dell'inapplicabilità alla pubblica amministrazione dell'art. 29 D. Lgs. 276/03 ossia del vincolo solidaristico previsto dalla legge Biagi a carico del committente nel caso di appalto per la mancata retribuzione e contribuzione imputabile all'appaltatore.

Ciò in virtù di quanto stabilito dall'art. 1 del D. Lgs. 276/03 «il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e il loro personale».

La suddetta tesi non appare condivisibile. Il citato art. 1 deve essere letto alla luce di quanto contenuto nella legge delega n. 30/03 che all'art. 6, 1° comma, dispone: «Le disposizioni degli artt. da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate». L'esclusione a cui il legislatore è

autorizzato riguarda dunque il personale e i rapporti di lavoro alle dipendenze della PA e non la pubblica amministrazione *tout court*, quale mero soggetto istituzionale.

Di conseguenza l'art. 29 si applica anche alla pubblica amministrazione quando essa non opera quale datore di lavoro.

Nel caso in esame il Comune non aveva il ruolo di datore di lavoro della signora Pecora, ma semplicemente di committente dell'appalto dei servizi di assistenza e di sostegno di alunni diversamente abili.

Va pertanto confermata la condanna dell'opponente al pagamento, in favore dell'opposta della somma capitale indicata in decreto, con gli interessi e la rivalutazione dalla notifica dello stesso al saldo. (...)

È ormai ius receptum la sussistenza della responsabilità solidale tra appaltatore e Pubblica Amministrazione committente, in relazione ai crediti dei lavoratori impiegati nell'appalto

Si sta ormai consolidando l'orientamento per il quale anche agli appalti nei quali è committente la pubblica amministrazione si applica la *tecnica di tutela* costituita dalla responsabilità solidale prevista dall'art. 29, comma 2, D. Lgs. 276/03.

La questione aveva inizialmente suscitato qualche incertezza, poiché la legge delega in forza della quale è stata emanata la riforma Biagi, ossia la L. 30/03, precisa all'art. 6, che «Le disposizioni degli artt. da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate».

A sua volta l'art. 1, comma 2, D. Lgs. 276/03, che è appunto uno dei decreti attuativi della delega e che contiene all'art. 29, comma 2, le norme sulla responsabilità solidale negli appalti, precisa che «Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale».

Contenendo quest'ultima norma un'espressione equivoca la giurisprudenza l'aveva in un primo momento interpretata nel senso di escludere *tout court* la pubblica amministrazione dall'applicazione dell'art. 29 cit. In tal senso si veda Trib. Milano 27/10/08, est. Porcelli¹.

Esclude l'applicazione della responsabilità solidale negli appalti conferiti dalle PA anche il Ministero del lavoro, nella propria circolare del 15/5/09, prot. 25/1/0007173 avente a oggetto «(...) responsabilità solidale tra committente e appaltatore per gli adempimenti previdenziali-assistenziali».

In tale risposta a interpello il Ministero del Lavoro ha innanzitutto evidenziato che l'art. 1, comma 2, del D. Lgs. 276/03 stabilisce che «il presente Decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale». Tale norma generale, secondo il Ministero, sarebbe derogata da ulteriori disposizioni speciali del Decreto, come ad esempio dall'art. 86, comma 9, per la somministrazione a tempo determinato, ma non dall'art. 29, comma 2. Ne consegue che l'unica forma di solidarietà che sussiste tra un committente pubblico e un appaltatore privato è quella contemplata dall'art. 1676 c.c. In virtù di tale considerazione il Ministero conclude, tra l'altro, che l'ente pubblico istante non sarebbe obbli-



¹ Inedita a quanto consta, ma consultabile sul sito www.rcdielle.com, sez. giurisprudenza.

gato solidalmente ai sensi dell'art. 29, comma 2, del D. Lgs. 276/03, nei confronti degli istituti previdenziali, per il debito dell'appaltatore nei confronti di questi ultimi, ma solo per i trattamenti economici dovuti ai dipendenti dell'appaltatore nei limiti di cui all'art. 1676 c.c. ed entro il termine prescrizione previsto dalla legge.

Una più attenta riflessione ha portato la dottrina² e un sempre più intenso orientamento di giurisprudenza a ritenere invece applicabile la norma in parola agli appalti nei quali sia committente la PA.

In giurisprudenza si menzionano Trib. Pavia 29/4/06³; Cort. App. Milano 7/11/08⁴, nell'ambito di un *obiter dictum*, trattandosi nel caso di specie di fattispecie regolata *ratione temporis* dalla L. 1368/60; Trib. Milano 18/11/08⁵, e Trib. Milano 27/5/09⁶.

L'argomento principale sviluppato a sostegno della tesi favorevole all'applicazione della norma agli appalti conferiti dalle pubbliche amministrazioni, di fatto anche nelle due sentenze qui annotate, starebbe nella considerazione che la legge delega limitava l'esclusione al «personale delle pubbliche amministrazioni», mentre il decreto delegato riferendo l'esclusione «alle pubbliche amministrazioni e per il loro personale» rischierebbe, se interpretato in modo estensivo, di integrare una violazione della delega.

In linea con quanto più volte ricordato dalla Corte Costituzionale, è compito dell'interprete verificare la possibilità di *interpretare* il testo legislativo conformemente a costituzione e, nel caso di specie, alla legge delega, così evitando un vizio di incostituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost. Secondo la prevalente giurisprudenza sarebbe pertanto indispensabile interpretare l'art. 2, comma 1, D. Lgs. 276/03 nel senso che l'esclusione delle pubbliche amministrazioni non può che essere riferito alle stesse in qualità di *datori di lavoro*.

In tal modo la norma acquisisce una *ratio* comprensibile in quanto mirante a esplicitare in modo chiaro l'impossibilità per le pubbliche amministrazioni di utilizzare le nuove forme contrattuali flessibili se non ove espressamente e puntualmente richiamate. Si tratta quest'ultima di una scelta ben chiara, anche se forse criticabile, e, per la verità, da taluni ritenuta oltretutto *incoerente* con la privatizzazione del rapporto di lavoro del personale operante nelle pubbliche amministrazioni, attuata con D. Lgs. 165/01⁷.

Della giurisprudenza sopra citata preme ricordare che Trib. Milano 27/5/09⁸ affronta la fattispecie di *concessione* a privato della gestione di un asilo nido comunale. In tale rapporto il concessionario si sostituisce all'amministrazione nell'erogazione del servizio. Rileva il giudicante che la distinzione di tale schema rispetto all'appalto starebbe nel fatto che mentre nell'appalto i servizi sono resi a favore dell'amministrazione, nella concessione la prestazione si inserisce in un *rapporto trilatero* che riguarda amministrazione, concessionario e utenti. Sta di fatto tuttavia che, al di là di aspetti interni tra amministrazione e con-

□

² Si veda *Commentario al D. Lgs. 10/9/03 n. 276* coordinato da F. Carinci, Milano 2004, in particolare vol. I, p. 47 e sgg.; vol. II, p. 20 e sgg. e p. 201 e sgg.

³ In questa *Rivista* 2006, 539, con nota di F. Capurro «Garanzie relative ai trattamenti economici spettanti ai lavoratori impiegati in appalti conferiti dalla Pubblica Amministrazione».

⁴ In questa *Rivista* 2009, 495.

⁵ In questa *Rivista* 2009, 226.

⁶ In questa *Rivista* 2009, 483, con nota di F. Capurro, «Ancora sulla responsabilità solidale per i crediti dei lavoratori negli appalti conferiti dalla Pubblica Amministrazione».

⁷ «Il nuovo mercato del lavoro D. Lgs. 10/9/03 n. 276», in *Commentario Zanichelli* 2004, p. 8.

⁸ Cit., vedi nota 6.

cessionario, *esternamente* il rapporto si presenta, secondo il giudicante, quale contratto di appalto in forza del quale un privato assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un servizio in favore della Pubblica Amministrazione committente.

Emblematico a tale proposito è l'art. 3, comma 11, D. Lgs. 163/06 (Codice dei contratti delle Pubbliche Amministrazioni) secondo il quale «la concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, a eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

La tendenza della giurisprudenza è in linea di massima nel senso di una dilatazione della nozione di appalto, volta all'estensione della tecnica di tutela costituita dalla responsabilità solidale nell'ambito di una sorta di *vis expansiva* del tipo.

Tale itinerario poggia sulla lacuna normativa visibilmente presente nel nostro ordinamento. Tra le varie forme di decentramento produttivo o comunque di ipotesi nelle quali i lavoratori di un datore di lavoro prestano attività a favore di altro datore di lavoro, l'appalto e la somministrazione, non così ad esempio il distacco, sono gli unici istituti dove si ravvisano delle forme di tutela.

Pertanto, in varie occasioni i giudici hanno attratto nello schema dell'appalto fattispecie dubbie.

Secondo Trib. Milano 29/11/07⁹, il contratto con il quale un imprenditore si obbliga nei confronti di altro imprenditore alla fornitura di stoviglie e posate per il servizio di ristorazione e all'attività di consegna, ritiro, detersione sanificazione e riconsegna, collegate alla fornitura stessa, integra un contratto di appalto di servizi e non un contratto di noleggio, in quanto risulta prevalente l'obbligazione di *facere* rispetto a quella di *dare*, con la conseguente applicazione dell'art. 29, comma 2, D. Lgs. 276/03 in materia di responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore per le obbligazioni retributive afferenti al rapporto di lavoro dei soggetti impiegati nell'appalto.

Secondo Trib. Milano 27/10/09¹⁰ il contratto con il quale un imprenditore vende ad altro imprenditore delle apparecchiature ma comprenda anche la fornitura in opera e l'assistenza tecnica di apparecchiature con l'utilizzo di personale tecnico e operaio idoneo e qualificato e preventivamente addestrato alla specifica attività *de qua* è riconducibile a un contratto di appalto di servizi e non un contratto di vendita, in quanto risulta prevalente l'obbligazione di *facere* rispetto a quella di *dare*, con la conseguente applicazione dell'art. 29, comma 2, D. Lgs. 276/03 in materia di responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore per le obbligazioni retributive afferenti al rapporto di lavoro dei soggetti impiegati nell'appalto.

Il principio al quale si ispirano i giudici del lavoro, tratto essenzialmente dalla giurisprudenza civile¹¹, attiene alla prevalenza dell'obbligazione dedotta in contratto con l'obiettivo espresso di dare una definizione giuridica unitaria al medesimo.



⁹ In questa *Rivista* 2008, 262.

¹⁰ In questa *Rivista* 2009, 1021, con nota di F. Capurro «Sulla *vis expansiva* della nozione di appalto ai fini giuslavoristici».

¹¹ Cass. 2/8/02 n. 11602, in *Contratti* 2003, 1, 67; Cass. 21/5/01 n. 6925, in *Giur. bollettino legisl. tecnica* 2006, 2, 294; Cass. 21/6/2000 n. 8445, in *Contratti* 2001, 1, 55, con nota di Mucio; Cass. 17/12/99 n. 14209, *ivi* 2000, 3, 266; Cass. 12/4/99 n. 3578, *ivi* 1999, 7, 669; Cass. 30/3/95 n. 3807, in *Giur. bollettino legisl. tecnica* 1996, 3394.

A parere di chi scrive tuttavia, un'operazione di tal genere, forse necessaria sul piano pratico nel quadro del diritto civile, il quale riconnette ai fini civilistici conseguenze molto diverse e sovente inconciliabili con la compresenza di più contratti (come a esempio vendita e appalto), non appare necessaria nel campo del diritto del lavoro.

Nell'esempio della vendita di materiali accompagnata dall'attività del venditore di installazione e formazione, potrebbe risultare obiettivamente difficile l'individuazione dell'obbligazione prevalente. Per il venditore che ad esempio vende merce per un ingente importo e utilizza cinque lavoratori per un mese, quindi cinque mesi-uomo, per installare il materiale, risulterà senz'altro prevalente sul piano economico l'obbligazione di vendita, mentre per chi compra, magari in *leasing*, senza perciò effettuare alcun immediato pagamento, risulterà cardinale la prestazione lavorativa dei dipendenti del venditore volta a mettere in opera gli impianti acquistati. Per i lavoratori del venditore, poi, risulterà prevalente l'attività dagli stessi svolta e i crediti in forza della stessa maturati.

Sembra perciò, a chi scrive, più semplice e comunque giuridicamente praticabile estrapolare dalla fattispecie contrattuale di volta in volta esaminata quel fascio di obbligazioni riconducibili all'appalto e trattarle di conseguenza, anche ai fini dell'applicazione della tecnica di tutela della responsabilità solidale, trascurando l'inutile presa di posizione sull'intero insieme delle posizioni giuridiche soggettive dedotte.

Filippo Capurro

4. Corte di Cassazione sez. lav. 7 aprile 2010 n. 8255, pres. Sciarelli, est. Meliadò, Roma Centro di Spada Fabio e C. Sas (avv. De Meo) c. Patwory (avv. Cerutti e Zanello).*

➤ **Retribuzione - Patto di conglobamento dei trattamenti accessori nella retribuzione ordinaria - Necessità di specificazione dei titoli conglobati - Sussiste - Assenza di specificazione - Effetti - Fattispecie.**

➤ *Il patto di conglobamento nella retribuzione ordinaria dei compensi ulteriormente dovuti al prestatore di lavoro per legge o per contratto può essere ammesso solo se dal patto stesso risultino gli specifici titoli cui è riferibile il compenso complessivo, poiché solo in tal caso si rende superabile la presunzione che il compenso convenuto è dovuto quale corrispettivo della sola prestazione ordinaria e si rende possibile il controllo giudiziale circa l'effettivo riconoscimento al lavoratore dei diritti inderogabilmente spettanti per legge o per contratto. (Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la decisione del giudice di merito che aveva escluso la sussistenza di un patto di conglobamento del compenso per il lavoro straordinario nella retribuzione ordinaria, con conseguente impossibilità di considerare automaticamente il c.d. superminimo quale compenso per le ore di lavoro straordinario).*



* Il testo integrale della sentenza si trova sul sito www.rcdielle.com, sez. giurisprudenza.