

Finché sanzione non ci separi

di Giovanna Carosielli

Negli ultimi mesi, la disciplina normativa dell'appalto è stata interessata da interventi che quasi non hanno mostrato soluzioni di continuità.

Infatti, se ad aprile scorso era stato modificato l'art. 29, comma 2, D. Lgs. n. 276/2003, il c.d. "decreto Sviluppo" n. 83/2012, convertito in L. n. 134/2012, ha riscritto la norma gemella, il comma 28 dell'art. 35 L. n. 248/2006, aggiungendovi anche due nuovi commi.

Al pari dell'altra norma, anche il comma 28 ha conosciuto alterne vicende di operatività, essendo stata prevista sei anni fa in una delle "lenzuolate" dell'allora ministro delle Attività Produttive Bersani, entrando in vigore nell'agosto del 2006, unitamente ad altri sei commi, dal 29 al 34 successivamente abrogati, cambiato il Governo, nel giugno 2008 con la L. n. 129/2008.

A seguito della parziale abrogazione normativa, la disciplina delle obbligazioni gravanti sul committente e/o appaltatore ha subito ulteriori modificazioni fino ad arrivare all'attuale formulazione, che merita qualche riflessione.

Il recente innesto legislativo consta di tre commi, di cui il principale è l'ultimo, il cui contenuto chiarisce la vocazione schiettamente fiscale della novella normativa, che, infatti, si applica allo Stato ed agli Enti pubblici (sebbene questi non siano soggetti all'imposta, come stabilito dall'art. 74 D.P.R. n. 917/1986), ed ai contratti di appalto e subappalto di opere, forniture e servizi conclusi da soggetti sottoposti al regime I.V.A., restando espressamente esclusi i negozi giuridici perfezionati osservando il codice degli appalti pubblici, che conosce regole specifiche.

Considerata la formulazione legislativa, non sussistono dubbi sull'applicabilità di detta novità anche al committente non imprenditore (il privato, per intenderci), essendo assoggettati ad I.V.A. i contratti che un privato stipula con gli imprenditori per l'esecuzione di lavori, servizio o forniture.

Altrettanto chiari sono sia le tipologie di contratti cui si riferiscono i tre commi – ovverosia gli accordi negoziali riguardanti l'esecuzione di opere, servizi e forniture, benché il comma 28 ometta di inserire la fornitura, recuperata dal comma 28-ter – sia l'oggetto dell'obbligazione solidale disciplinata, la quale conferma le ritenute fiscali sui redditi del lavoro dipendete, elimina il riferimento del passato ai contributi e premi assicurativi e vi aggiunge il versamento dell'I.V.A.. Malgrado la pluralità dei destinatari interessati dalla norma, nella rubrica dell'art. 13-ter della L. n. 134/2012 (in calce al presente contributo, ndr) viene menzionato il solo l'appaltatore, generando la sia pur momentanea convinzione che detta novella costituisca una copia del recentemente modificato art. 29, comma 2, D. Lgs. n. 276/2003, laddove l'integrale lettura del testo permette di individuare anche altri soggetti, il subappaltatore ed il committente, appunto, ugualmente coinvolti.

Orbene il comma 28 prevede la solidarietà dell'appaltatore per i predetti omessi versamenti, salvo che non abbia verificato l'avvenuto adempimento degli oneri fiscali, alla loro scadenza, ad opera del subappaltatore, tramite l'esibizione della documentazione, ovvero anche attraverso l'asseverazione dei soggetti a ciò abilitati.

Il dettato normativo pare esser applicabile per lo più agli appalti che si protraggono nel tempo, dovendo esser scaduti i termini per assolvere all'onere fiscale: non diversamente spiegabile sarebbe, infatti, l'applicazione dell'obbligazione in solido agli omessi versamenti "...riferiti alle prestazioni

effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto" e la verifica che "...*gli adempimenti di cui al periodo precedente, scaduti alla data del versamento, sono stati correttamente eseguiti dal subappaltatore*", come pur stabilito.

Altresì, la norma in parola non chiarisce cosa possa accadere nell'eventualità, nemmeno troppo remota, in cui il subappaltatore si avvalga di posizioni lavorative non denunciate, o note solo parzialmente, all'erario (per esempio, nel caso di occupazione di lavoratori irregolari, ovvero di lavoratori cui vengano corrisposti dei ccdd. "fuori busta"), che inevitabilmente sfuggirebbero alla verifica documentale, con la quale l'appaltatore può solo sincerarsi che quanto "versato" corrisponda al "denunciato".

Tuttavia, stante l'uso dell'avverbio *correttamente* e considerata soprattutto la *ratio* dell'obbligazione in solido, che mira ad aumentare i debitori e quindi le possibilità soddisfattive del credito, la conclusione sembra esser nel senso di ritenere l'appaltatore vincolato anche in quest'ipotesi.

Un'ulteriore osservazione generata dalla nuova formulazione del comma 28 attiene alla possibilità di considerare applicabile il vincolo in parola anche in caso di ulteriori subappalti, totali ovvero anche solo parziali, operati dal primo subappaltatore, generando il fenomeno di subappalti per così dire "a catena": sul punto, appare preferibile un'interpretazione estensiva delle disposizioni in commento, applicabili, quindi, tante volte quanti sono i subappalti realizzati.

Altresì, la novella riconosce all'appaltatore la facoltà di sospendere il pagamento del corrispettivo del proprio avente causa fino alla di lui esibizione della documentazione relativa all'assolvimento dei predetti oneri fiscali: quest'ipotesi, che ad una prima lettura pare ripetere la regola generale dell'*inadimplenti non est adimplendum* (art. 1460 c.c.), ne differisce parzialmente poiché mentre nel codice civile il rifiuto origina dall'inadempimento altrui di un'obbligazione da eseguire nell'interesse del ricevente, in questo caso l'interesse giuridico tutelato, la cui violazione genera la sospensione del pagamento, appartiene allo Stato.

In buona sostanza, il subappaltatore può anche aver ultimato l'opera o il servizio affidatogli, ma se non ha esibito la documentazione che attesti di aver regolato i propri conti con l'erario, l'appaltatore, per quanto di competenza, può rifiutarsi di pagarlo.

Un ulteriore dubbio interpretativo sul comma 28 concerne l'obbligo di notifica degli atti all'appaltatore nel rispetto dei medesimi termini di decadenza previsti per il subappaltatore: considerata la terminologia impiegata, *atti... notificati* appunto, non è peregrino dedurre che il riferimento sia alle richieste di pagamento operate dalla Pubblica Amministrazione, sebbene poi non sia chiaro di quale soggetto statale effettivamente si tratti, pur dovendosi giocoforza concludere che sarebbero interessati Enti fiscali, considerato il contenuto della norma.

Il comma 28-bis, come detto, si rivolge esclusivamente al committente, facoltizzato anch'egli a sospendere il pagamento del corrispettivo all'appaltatore fino all'esibizione della documentazione attestante l'avvenuta ottemperanza degli ormai noti obblighi fiscali da parte *dell'appaltatore e del subappaltatore*: considerata la congiunzione aggiuntiva testualmente utilizzata, pertanto, va desunto che il committente è onerato della verifica nei confronti di ciascuno dei due soggetti cui è stata appaltata e/o subappaltata l'esecuzione dell'opera, servizio o fornitura, pena la comminazione di una specifica sanzione.

Non v'è dubbio che tale obbligo, la cui inosservanza comporta conseguenze rilevanti, rischi di appesantire non poco la posizione del committente, il quale, spesso, può non conoscere il subappaltatore individuato dall'appaltatore: appare quindi probabile ipotizzare che il futuro committente tenderà a tutelarsi vietando, ovvero restringendo significativamente, il ricorso al subappalto.

Il comma in questione, inoltre, definito lo iato tra il minimo ed il massimo sanzionatorio incombente sul committente che non abbia correttamente osservato le modalità di pagamento (*rectius*: dei tempi di pagamento, dovendo quest'ultimo avvenire al termine della verifica documentale perché il committente possa dirsi sciolto da qualsivoglia vincolo), non individua il soggetto che dovrebbe provvedere a comminare la sanzione, limitandosi a precisare che "*Ai fini*

della predetta sanzione, si applicano le disposizioni previste per la violazione in capo all'appaltatore”.

Tuttavia, poiché il comma 28 non contiene alcun riferimento ad una sanzione pecuniaria, limitandosi semmai a sancire l'obbligazione in solido a carico dell'appaltatore ove non abbia operato la già illustrata verifica documentale, emerge un evidente bisticcio ermeneutico, che potrebbe trovare soluzione dando al richiamo in parola il senso di un'estensione anche al committente dell'obbligazione in solido gravante sull'appaltatore.

Detto altrimenti, ove il committente non abbia correttamente vigilato sui propri aventi causa, oltre alla sanzione pecuniaria, risponderebbe in solido degli altrui omessi versamenti, al pari di come farebbe l'appaltatore in caso di subappalto.

Se così fosse, la non tenera sanzione pecuniaria aggiuntiva destinata al committente potrebbe trovare una plausibile spiegazione alla luce dell'interesse proprio a ricevere un'opera ovvero un servizio o una fornitura che, per essere compiuto, richiede l'impiego di dipendenti altrui, appunto.

Come dire: se è nel suo interesse che l'opera è stata eseguita, il committente è chiamato a vigilare ed, in mancanza, soggiace alla regola dell'obbligazione solidale e paga anche una sanzione.

Le considerazioni finali non possono sottrarsi all'individuazione della natura dell'obbligazione in solido come descritta: infatti, la dottrina civilistica classica tende a negare la solidarietà nelle ipotesi di sussidiarietà, allorché il debitore sussidiario sia tenuto ad eseguire la prestazione (il versamento delle ritenute fiscali sui redditi da lavoro dipendente e dell'imposta ai fini IVA) solo in caso di inadempimento del debitore principale, perché caratteristica propria dell'obbligazione solidale è la possibilità, per il creditore, di rivolgersi indifferentemente a ciascuno dei propri debitori solidali per l'adempimento dell'obbligazione.

Al contrario, nel nuovo testo di legge l'obligato in solido di turno non solo interviene in un secondo momento, ma può addirittura chiamarsi fuori, seppure con le limitazioni già illustrate, ove abbia correttamente operato. Semmai, sarebbe più corretto parlare di solidarietà per così dire “condizionata” alla duplice circostanza dell'esistenza di un debito altrui verso l'erario e dell'omessa vigilanza verso il proprio avente causa, nel senso che non aver verificato se il proprio appaltatore e/o subappaltatore non ha onorato i debiti verso l'erario nascenti da quell'appalto, implica la chiamata in solido.

In conclusione, la recente novella, pur appartenendo alla categoria delle obbligazioni in solido, evidenzia una disciplina *sui generis*, che emergerà dall'opera ermeneutica di chi sarà chiamato ad applicarla nel quotidiano.

Giovanna Carosielli

Art. 13 ter - Disposizioni in materia di responsabilità solidale dell'appaltatore

1. Il comma 28 dell'articolo 35 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, e' sostituito dai seguenti:

«28. In caso di appalto di opere o di servizi, l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore, nei limiti dell'ammontare del corrispettivo dovuto, del versamento all'erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dell'imposta sul valore aggiunto dovuta dal subappaltatore all'erario in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto. La responsabilità solidale viene meno se l'appaltatore verifica, acquisendo la documentazione prima del versamento del corrispettivo, che gli adempimenti di cui al periodo precedente, scaduti alla data del versamento, sono stati correttamente eseguiti dal subappaltatore. L'attestazione dell'avvenuto adempimento degli obblighi di cui al primo periodo può essere rilasciata anche attraverso un'asseverazione dei soggetti di cui all'articolo 35, comma 1, del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, e all'articolo 3, comma 3, lettera a), del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998, n. 322. L'appaltatore può sospendere il pagamento del corrispettivo fino all'esibizione della predetta documentazione da parte del

subappaltatore. Gli atti che devono essere notificati entro un termine di decadenza al subappaltatore sono notificati entro lo stesso termine anche al responsabile in solido.

28-bis. Il committente provvede al pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore previa esibizione da parte di quest'ultimo della documentazione attestante che gli adempimenti di cui al comma 28, scaduti alla data del pagamento del corrispettivo, sono stati correttamente eseguiti dall'appaltatore e dagli eventuali subappaltatori. Il committente può sospendere il pagamento del corrispettivo fino all'esibizione della predetta documentazione da parte dell'appaltatore. L'inosservanza delle modalità di pagamento previste a carico del committente e' punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 a euro 200.000 se gli adempimenti di cui al comma 28 non sono stati correttamente eseguiti dall'appaltatore e dal subappaltatore. Ai fini della predetta sanzione si applicano le disposizioni previste per la violazione commessa dall'appaltatore.

28-ter. Le disposizioni di cui ai commi 28 e 28-bis si applicano in relazione ai contratti di appalto e subappalto di opere, forniture e servizi conclusi da soggetti che stipulano i predetti contratti nell'ambito di attività rilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto e, in ogni caso, dai soggetti di cui agli articoli 73 e 74 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni. Sono escluse dall'applicazione delle predette disposizioni le stazioni appaltanti di cui all'articolo 3, comma 33, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163».

Giovanna Carosielli

Direzione territoriale del lavoro di Bologna