



I CONTRATTI DI APPALTO

Cod. P23067

23-25 ottobre 2023 - T.A.R. del Lazio, via Flaminia 189, Roma - aula Tozzi

Antonio Scarpa, Consigliere della Corte di cassazione

Il subappalto tra disciplina civilistica e regole pubblicistiche

SOMMARIO: I. La disciplina del subappalto nel Codice dei contratti pubblici – II. La disciplina del subappalto nel Codice civile - II.1. Struttura del subappalto e rapporti con l'appalto - II.2. La regolamentazione del programma negoziale di subappalto - II.3. Autonomia e responsabilità dell'appaltatore e del subappaltatore - II.4. Difetti dell'opera - III. Conseguenze della mancata autorizzazione del committente (nel subappalto privato e nel subappalto di lavori pubblici) - IV. Profili di giurisdizione.

I – La disciplina del subappalto nel Codice dei contratti pubblici

L'art. 119 (Subappalto) del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici), il cui ambito di applicazione è tracciato dall'art. 13, ricalcando per grandi linee l'art. 105 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (come da ultimo modificato dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito nella legge 29 luglio 2021, n. 108), prescrive al primo comma che “[i] soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 120, comma 1, lettera d), la cessione del contratto è nulla. E' altresì nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera. E' ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo”.

Il secondo comma dell'art. 119 del d.lgs. n. 36/2023 definisce, quindi, il subappalto come “il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore. Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto

del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, oppure nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. E' altresì fatto obbligo di acquisire autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato".

La nuova disciplina risente evidentemente delle spinte unionali contrarie alla previsione di un astratto limite quantitativo percentuale al subappalto in rapporto all'importo delle opere, come stabilito nell'art. 105 del d.lgs. 50/2016, che avevano portato alla procedura di infrazione della Commissione Europea contro l'Italia n. 2018/2273 ed alle decisioni della Corte di Giustizia Europea nelle cause "Vitali" C-63/18, sentenza 26 settembre 2019, e "Tedeschi" C-402/18, sentenza 27 novembre 2019. Tale limite obbligatorio all'importo dei contratti subappaltabile non era, invero, contemplato nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, auspicando esse, piuttosto, una

maggior partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, né detta restrizione percentuale dell'utilizzo del subappalto appariva idonea allo scopo prefigurato di contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici.

Resta nell'art. 119 del d.lgs. n. 36/2023 la facoltà per la stazione appaltante, “previa adeguata motivazione”, di indicare “nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto (...)”.

Il diciassettesimo comma dell'art. 119 consente poi alle stazioni appaltanti di indicare “nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali”. Viene così meno altresì il generalizzato divieto dei cosiddetti “subappalti a cascata”, parimenti imposto dal previgente art. 105, comma 19, del d.lgs. 50/2016.

Rimangono nulli, alla stregua del nuovo Codice dei contratti pubblici, l'accordo di cessione del contratto di appalto (salvo che si tratti di modificazioni soggettive dell'aggiudicatario o di subentro per una delle vicende individuate dall'art. 120, comma 1, lettera d), come l'accordo che affidi ad un terzo l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, o anche la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera.

Il quarto comma dell'art. 119 del d.lgs. n. 36/2023 detta le condizioni affinché l'aggiudicatario possa affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le

forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante a condizione: a) il subappaltatore deve essere qualificato per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire; b) b) non devono sussistere a suo carico le cause di esclusione di cui agli artt. 94 e ss. del Codice; c) all'atto dell'offerta devono essere stati indicati i lavori, i servizi, le forniture, o le parti di essi da subappaltare.

Il contratto di subappalto va trasmesso alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni (art. 119, comma 5).

Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore per gli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (art. 119, comma 6).

II – La disciplina del subappalto nel Codice civile

Il Codice civile dedica due soli articoli al subappalto (1656 e 1670).

L'art. 1656 c.c. dispone che “[l]’appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente”.

Nella Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale del Codice, si rivendicava l'opportunità della scelta di aver chiarito, rispetto alla definizione ipotizzata dalla Commissione, che, se è certo che l'appaltatore non è tenuto a svolgere l'opera o il servizio, a ciò provvedendo mediante la propria

organizzazione d'impresa, la facoltà di subappaltare deve comunque essere attribuita dal committente.

In sede di interpretazione, si è affermato che l'art. 1656 c.c. non richiede che l'autorizzazione del committente sia specificamente riferita ad un determinato soggetto, né quindi esclude che essa sia preventiva e generica, ciò non smentendo l'*intuitus personae* che caratterizza il rapporto di appalto, giacché, restando il committente estraneo al subappalto, la sua autorizzazione indica solo che la fiducia riposta nell'appaltatore si estende alla bontà ed alla oculatezza della scelta del subappaltatore¹. L'autorizzazione a subappaltare non deve essere poi espressa, potendo risultare anche da *facta concludentia*².

Tale essendo la *ratio* dell'autorizzazione, è da ritenere che, in ipotesi di subappalto "a cascata", il subappalto affidato dal subappaltatore vada autorizzato pur sempre dal committente originario, non soltanto, ovviamente, quando si tratti di appalto di opere pubbliche, ma anche negli appalti privati, non potendo ritenersi implicita nella prima autorizzazione la fiducia rimessa dal committente nella scelta dell'impresa ulteriormente compiuta dal subappaltatore.

L'idea che l'art. 1656 c.c. sia espressione dell'*intuitus personae* che connota l'appalto (al punto che l'identità e le specifiche qualità dell'appaltatore rivestirebbero un ruolo determinante del consenso dell'appaltatore) è, in realtà,

¹ Cass. 5 settembre 1994, n. 7649.

² Cass. 4 maggio 1982, n. 2757. Riassume N. IMARISIO, *Il subappalto*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 8-9, 731 ss., che l'autorizzazione è espressione di ampia discrezionalità del committente e può essere data in qualunque forma, anche oralmente o *per facta concludentia* (non rivestendo però rilievo il mero silenzio del committente); può essere preventiva o concretarsi in una ratifica successiva; può essere rilasciata in vista di un determinato subappalto, ma anche e genericamente per tutti i subappalti che l'appaltatore riterrà di dover concludere.

controversa tra i teorici. Si obietta che il contratto di appalto è cedibile *inter vivos* in forza dell'art. 1406 c.c. e che l'art. 1674 c.c. chiarisce che esso non si scioglie *ex se* per la morte dell'appaltatore, "salvo che la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto", lasciando al committente la facoltà di recedere "se gli eredi dell'appaltatore non danno affidamento per la buona esecuzione dell'opera o del servizio". L'organizzazione dei mezzi necessari che l'art. 1655 c.c. attribuisce all'appaltatore rende del tutto normale che questi si valga dell'opera di terzi nel compimento dell'opera o del servizio e ciò può avvenire altresì facendo uso dell'organizzazione di altra impresa. Il divieto di subappalto si spiegherebbe, piuttosto, per prevenire forme di speculazione da parte di intermediari e riduzioni dei margini di guadagno dell'impresa esecutrice che possano pregiudicare la bontà dei lavori, di tal che l'art. 1656 c.c. sarebbe sancito a tutela dell'interesse positivo del committente al conseguimento dell'opera. Il controllo di meritevolezza del subappalto, subordinato all'autorizzazione del committente ex art. 1656 c.c., rivelerebbe una peculiare dimensione giuridica e sociale dell'agire negoziale, nel quale assumono centralità finalità individuali, concrete, rilevabili nella regola in cui si siano realizzate e della quale condizionano il senso e la portata. L'analisi funzionale del subappalto dovrebbe, allora, svolgersi tenendo conto "anche della consolidata affermazione dell'*outsourcing*, quale tecnica aziendale consistente nella esternalizzazione di determinati processi produttivi (o di determinate fasi di un processo produttivo) e finalizzata alla riduzione dei costi d'impresa", visto che "le esigenze delle moderne economie impongono, in un'ottica di razionalizzazione delle risorse imprenditoriali, un ampio ricorso a forze

lavorative e produttive esterne rispetto all'apparato aziendale di cui è titolare il contraente principale"³.

II.1. – Struttura del subappalto e rapporti con l'appalto

Il subappalto dà luogo ad un rapporto contrattuale tra subappaltante e subappaltatore distinto dal contratto intercorrente tra committente ed appaltatore. L'autorizzazione (sia antecedente che successiva) del committente supposta dall'art. 1656 c.c. non rende lo stesso parte di tale nuovo e diverso rapporto, sicché si sostiene che egli non acquista diritti né assume obblighi verso il subappaltatore: se non diversamente pattuito, il subappaltatore, perciò, risponde della relativa esecuzione nei confronti del solo appaltatore e, correlativamente, solo verso quest'ultimo, e non anche nei confronti del committente, può rivolgersi ai fini dell'adempimento delle obbligazioni derivanti dal subcontratto ⁴.

Appalto e subappalto sono, dunque, contratti funzionalmente ed unilateralmente collegati, permanendo una pluralità di pattuizioni aventi una propria individuabilità giuridica e connotate da parziale coincidenza soggettiva. Il collegamento tra appalto e subappalto opera, come in ogni ipotesi di subcontratto, “ a senso unico”, non correndo fra i due un nesso teleologico reciproco, in quanto il solo subappalto dipende dall'appalto originario⁵.

³ Così F. D'AMBROSIO, *Subappalto e mancata autorizzazione del committente*, in *Contratti*, 2009, 297 ss., anche per più ampi cenni sul dibattito dottrinale relativo alla *ratio* dell'art. 1656 c.c., essenzialmente riconducibile alle tesi di D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, in *Comm. Scialoja- Branca*, Zanichelli 1992, 199 ss., e di G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti, Art. 1470.1765 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, IV, Torino, 1991, 396 ss.

⁴ Cass. 2 agosto 2011, n. 16917; Cass. 11 agosto 1990, n. 8202.

⁵ Non è un subcontratto, ed è perciò distinto dal subappalto, il contratto di subfornitura, disciplinato dalla legge 18 giugno 1998, n. 192, delineandosi quest'ultimo come forma non paritetica di cooperazione imprenditoriale, nella quale la dipendenza economica del

Il subappalto è altra cosa rispetto alla cessione dell'appalto. La cessione del contratto ha la struttura di contratto plurilaterale, alla cui formazione concorrono tre parti, e cioè tanto il cedente, quanto il cessionario ed il ceduto⁶. Il ceduto, in realtà, presta il suo consenso al negozio di cessione operando su un piano diverso rispetto a quello degli altri soggetti dell'operazione, giacché egli si limita ad autorizzare l'incidenza della cessione nella sua sfera giuridica, quale terzo e non quale parte della cessione medesima. In ogni caso, la dichiarazione del ceduto rappresenta, di regola, un elemento costitutivo e, quindi, un requisito di validità della cessione. Viceversa, il subappalto non determina il trasferimento della qualità di contraente del rapporto originario di appalto e l'autorizzazione resa dal committente non delinea una configurazione strutturale di tipo trilaterale⁷. Quale conseguenze di natura processuale, il committente non è litisconsorte necessario nei giudizi in cui siano in questione l'avvenuta conclusione, la validità o l'efficacia del contratto di subappalto.

subfornitore si palesa, oltre che sul piano del rapporto commerciale e di mercato, anche su quello delle direttive tecniche di esecuzione: Cass. 25 agosto 2014, n. 18186.

⁶ Cass. 20 febbraio 1963, n. 413, secondo cui il consenso del contraente ceduto non può assumere la forma ed il valore di una mera adesione all'accordo già intercorso tra il cedente ed il cessionario.

⁷ Osserva M. IACUANIELLO BRUGGI, *Cessione d'appalto e subappalto: quale differenza?*, in *Giur. it.*, 1990 I, 2, 331 ss., in commento a Trib. Forlì 10 febbraio 1989, che "la differenza fra subappalto e cessione di appalto si gioca sul ruolo e sulla posizione giuridica assunta dal nuovo soggetto che viene ad entrare nel rapporto economico considerato. Se la volontà è di realizzare una traslazione del rapporto originario, un trasferimento ad altri della propria posizione contrattuale, sì che la controparte dell'appalto originario (spesso il committente ...) viene a trovarsi di fronte un nuovo soggetto contraente, allora deve parlarsi di cessione di appalto e ad esso si applicherà la disciplina stabilita dagli artt. 1406 e segg., c. c. Se invece si vuole instaurare un nuovo rapporto giuridico, che sia derivato e che partecipi della natura dell'appalto principale, ma che da esso rimanga strutturalmente distinto, sia con riguardo alle parti contraenti, sia con riguardo al suo oggetto, il quale può dirsi «costituito da un *facere*, complementare del *facere*, in genere più ampio, costituente oggetto di altro rapporto fra altri soggetti» (...), allora deve parlarsi di subappalto e ad esso sono applicabili i principi individuati dalla dottrina per il subcontratto".

Neppure appare sostenibile che l'autorizzazione del committente al subappalto valga come adesione di questo all'accollo esterno dell'appalto, secondo il modello dell'art. 1273 c.c. Il subappalto, benché autorizzato, non attribuisce alcun nuovo diritto contrattuale al committente, non modifica i soggetti del contratto originario, non configura un contratto a favore del terzo e non chiama il subappaltatore ad assumere obbligazioni e a rispondere del relativo adempimento nei confronti del medesimo committente, come dimostra la regola prescritta dall'art. 1670 c.c.

II.2. La regolamentazione del programma negoziale di subappalto

Essendo il subappalto un contratto derivato (o subcontracto), ad esso si applica in genere la stessa disciplina del contratto base, non diversamente da quanto avviene negli altri subcontracti (subcomodato, sublocazione), escluse quelle disposizioni che fanno eccezione alla regola e che concedono particolari benefici⁸. Trattandosi, tuttavia, di contratto comunque autonomo, il carattere derivato del subappalto e la stessa autorizzazione rilasciata dall'appaltatore non implicano che patti e condizioni del contratto di appalto si trasfondano automaticamente in esso, potendo invece le parti regolare il rapporto in modo difforme da quello del contratto base, ad esempio stabilendo condizioni, modalità e clausole diverse da quelle che in quest'ultimo trovano applicazione in forza della normativa sugli appalti pubblici⁹.

⁸ Così Cass. 18 giugno 1975, n. 2429.

⁹ In particolare, quanto alla estensione dell'efficacia della clausola compromissoria, Cass. 9 settembre 2004, n. 18196, in *Giur. it.* 2005, 1143 ss.; Cass. 24 luglio 2000, n. 9684.

Le difformità del programma obbligatorio del subappalto rispetto a quello dell'appalto non esigono una specifica autorizzazione del committente, salvo che non apportino variazioni alle modalità convenute dell'opera e perciò diano luogo ad un contratto modificativo di quello originario, ai sensi dell'art. 1659 c.c.¹⁰

Nella pratica degli affari sono diffuse, peraltro, clausole (denominate *if and when* o *pay when paid*), sulla cui natura e validità si discute, che condizionano il pagamento del corrispettivo al subappaltatore da parte del committente al conseguimento del prezzo a sua volta dovuto dal committente originario; è pure frequente l'inserimento nei contratti di subappalto di clausole di adeguamento del corrispettivo paramtrate agli incrementi del prezzo dell'appalto principale.

Il ravvisato collegamento unilaterale tra appalto principale e subappalto cagiona una regolamentazione unitaria delle vicende relative alla permanenza del vincolo contrattuale derivato, per cui esso *simul stabit, simul cadet* in caso di estinzione del contratto principale, determinandosi l'impossibilità sopravvenuta (imputabile, o meno, al subcommittente, a seconda dei casi) del subappalto.

Quanto al contratto di subappalto stipulato dall'appaltatore di un'opera pubblica, esso, giacché concluso tra soggetti entrambi privati, rimane, quindi, sottoposto alla normativa del codice civile ed al contenuto convenzionale che le parti abbiano inteso concordare, mentre non gli sono applicabili, se non

¹⁰ Si osserva che il subappalto può essere sia totale che parziale, e che appalto principale e subcontratto possono avere anche significative differenze di contenuto, ciò tuttavia imponendo il consenso del committente o comunque la verifica che la volontà dallo stesso espressa in sede di autorizzazione preventiva coprisse anche la diversa ampiezza del programma obbligatorio concretamente pattuito tra subcommittente e subappaltatore: N. IMARISIO, *Il subappalto*, cit., 731 ss.

attraverso gli eventuali richiami pattizi, le disposizioni pubblicistiche proprie dell'appalto pubblico¹¹.

II.3. Autonomia e responsabilità dell'appaltatore e del subappaltatore

Elemento naturale del contratto di subappalto, al pari del contratto di appalto, è quello dell'autonomia del subappaltatore nell'esecuzione delle opere affidategli dal subcommittente.

L'appaltatore subcommittente rimane responsabile per l'esecuzione dell'opera ex art. 1218 c.c. nei confronti del committente e risponde verso lo stesso anche della condotta del subappaltatore di cui si avvale, in forza del principio generale emergente dall'art. 1228 c.c.

Con riguardo ai danni che siano invece derivati a terzi dalla esecuzione dei lavori subappaltati, non ricorrono i presupposti per una responsabilità ex art. 2049 c.c. del subcommittente, la quale può essere affermata solo quando risulti una deroga pattizia di detta autonomia, espressa od implicita, nel senso che il subcommittente medesimo, esorbitando dalla mera sorveglianza di quelle opere, espletabile sia direttamente che a mezzo di mandatari (come nel caso di nomina di un direttore dei lavori), abbia esercitato una penetrante ingerenza sull'attività del subappaltatore, in maniera da ridurlo al rango di mero esecutore delle proprie prescrizioni¹². Il subcommittente può rispondere nei confronti dei terzi in luogo del subappaltatore altresì nel caso in cui il compimento dell'opera

¹¹ Cass. 19 luglio 2018, n. 19296; Cass. 20 giugno 2000, n. 8384.

¹² Cass. 2 marzo 2005, n. 4361, in *Giust. civ.* 2006, I, 654 ss.; Cass. 23 marzo 1999, n. 2745, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 1999, I, 538 ss.; Cass. 12 giugno 1990, n. 5690; Cass. 18 luglio 1984, n. 4186, in *Resp. civ. prev.* 1985, 85 ss., con nota di C. VACCÀ, *Contratto di subappalto, ruolo della direzione dei lavori e responsabilità aquiliana del sub-appaltatore e del subcommittente*.

o del servizio siano stati affidati ad un'impresa priva della capacità e dei mezzi tecnici indispensabili per eseguire la prestazione oggetto del contratto.

Si è già evidenziato che, benché sia intervenuta l'autorizzazione del committente al subappalto, salva diversa pattuizione, il subappaltatore risponde della sua prestazione contrattuale soltanto verso l'appaltatore e non anche verso il committente originario, il quale non ha, quindi, azione diretta nei confronti del subappaltatore (a differenza di quanto disposto dall'art. 1595 c.c. in tema di sublocazione e dall'art. 1717 c.c. in tema di submandato)¹³.

Si propone, tuttavia, di ammettere il committente principale ad esercitare in via surrogatoria il diritto di controllare lo svolgimento dei lavori da parte del subappaltatore e di verificarne lo stato, ai sensi dell'art. 1662 c.c.

Simmetricamente, al subappaltatore negli appalti privati non spetta neppure verso il committente l'azione di cui all'art. 1676 c.c., la quale piuttosto consente a coloro che “alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio” di proporre domanda diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore¹⁴.

¹³ Cass. 19 agosto 2010, n. 18745, perveniva, tuttavia, ad affermare, in modo non del tutto comprensibile, che “elemento naturale del contratto di subappalto, al pari del contratto di appalto, è quello dell'autonomia del subappaltatore nell'esecuzione delle opere affidategli dal subcommittente, con la conseguenza che la responsabilità del subappaltatore nei confronti dell'originario committente può essere affermata solo ed in quanto lo stesso nell'esecuzione delle opere si sia discostato da quanto previsto nel contratto di subappalto, di tal che, in assenza di deroga pattizia di tale autonomia, il contratto di subappalto fa piena prova degli impegni assunti dal subappaltatore e delle eventuali discordanze, in punto di fatto, fra quanto stabilito nel contratto di appalto e nel contratto di subappalto circa l'esecuzione dell'opera è il subappaltante che deve rispondere nei confronti del committente”.

¹⁴ Né il subcommittente può eccepire, a fronte della richiesta di pagamento del prezzo del contratto, l'inadempimento del subappaltatore nei confronti dei propri dipendenti ed

Nel subappalto di appalti e concessioni¹⁵ soggetti alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, però, l'art. 119, comma 6, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, prevede che il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto. L'art. 119, comma 11, del d.lgs. n. 36/2023 stabilisce, inoltre, che la stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite: a) quando il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa; b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore; c) su richiesta del subcontraente e se la natura del contratto lo consente.

Anche la giurisprudenza più recente nega, in ogni modo, che l'assenso al subappalto, nei contratti di appalto di opere pubbliche, implichi l'insorgenza di un nuovo rapporto contrattuale tra committente e subappaltatore, salva l'ipotesi in cui la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà di provvedere direttamente al pagamento del corrispettivo al medesimo subappaltatore¹⁶.

L'autonomia delle obbligazioni derivanti dal subappalto, ancorché dipendenti dal contratto d'appalto, impone altresì di valutare distintamente la cause degli inadempimenti, agli effetti dell'art. 1218 c.c.: così, la responsabilità contrattuale

ausiliari, correlato al rischio di subire l'azione diretta da parte di costoro, in quanto l'art. 1676 c.c. presuppone che la responsabilità solidale del subcommittente operi nei limiti di quanto ancora dovuto al subappaltatore: Cass. 22 novembre 2021, n. 35962.

¹⁵ Per una peculiare ipotesi di un subappalto "a valle" di una concessione, si veda T.A.R. Emilia-Romagna Parma Sez. I, 9 marzo 2022, n. 57, in *Giur. it.*, 2022, 2740 ss., con commento di G. BALOCCO e P. M. MINETTI, *Il subappalto nell'ambito del contratto di concessione*.

¹⁶ Cass. 12 gennaio 2018, n. 648. Cass. 21 maggio 2020, n. 9386, ha esaminato le conseguenze sul contratto della mancata indicazione nel bando di gara delle modalità di pagamento diretto del corrispettivo al subappaltatore da parte della stazione appaltante, ora regolate dall'art. 119, comma 11, del d.lgs. n. 36/2023.

del subcommittente nei confronti del subappaltatore, ad esempio per la mancata consegna dell'area di cantiere, non può essere esclusa per il solo fatto che l'area medesima non sia stata a sua volta consegnata dal committente, occorrendo la prova della non imputabilità della sospensione dei lavori a negligenza del medesimo subcommittente nel verificare la possibilità di disporre di quel terreno¹⁷.

Si è altresì ipotizzato¹⁸ che la condotta negligente del subappaltatore, oltre ad integrare un inadempimento contrattuale nei confronti del subappaltante, possa dar luogo a responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. nei confronti del committente originario, in quanto idonea a ledere il diritto di quest'ultimo ad una corretta esecuzione del rapporto contrattuale di appalto, nonché a cagionare un pregiudizio ingiusto, escludendosi, invece, che sia in proposito ravvisabile una responsabilità ai sensi dell'art. 1669 c.c.; ciò, tuttavia, sul presupposto che la responsabilità per rovina e difetti di cose immobili ex art. 1669 c.c. postuli un rapporto diretto tra committente ed appaltatore, laddove la consolidata interpretazione giurisprudenziale ricostruisce tale norma come ipotesi di responsabilità extracontrattuale, con carattere di specialità rispetto al disposto dell'art. 2043 c.c., che può essere fatta valere non solo dal committente, ma anche da qualsiasi terzo danneggiato dalla rovina dell'edificio¹⁹.

¹⁷ Cass. 23 maggio 1990, n. 4656.

¹⁸ Cass. 27 agosto 2019, n. 21719.

¹⁹ Cass. sez. un. 27 marzo 2017, n. 7756 (sia pure affermando che “il tema della natura extracontrattuale della responsabilità di cui all'art. 1669 c.c. ... ha perso l'originaria centralità che aveva nell'interpretazione della norma”), in *Foro it.* 2017, I, 1579 ss., con commento di G. LIBERATI BUCCIANI, *L'art. 1669 c.c. è applicabile anche ai lavori eseguiti su edifici esistenti*; in *Resp. civ. prev.* 2017, 1217 ss., con commento di R. PANETTA, *La responsabilità ex art. 1669 c.c. tra l'estensione ai lavori su opere preesistenti e il superamento della sua natura aquiliana*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1193 ss., con commento di M. MATTIONI, *Una pronuncia esemplare sull'ambito di applicazione (e sulla natura) della responsabilità ex art. 1669 c.c.*; Cass. sez. un. 3 febbraio 2014,

II.4. Difetti dell'opera

L'art. 1670 c.c. (Responsabilità dei subappaltatori) dispone che “ [l]’appaltatore, per agire in regresso nei confronti dei subappaltatori, deve, sotto pena di decadenza, comunicare ad essi la denuncia entro sessanta giorni dal ricevimento”.

Il funzionamento della garanzia per difetti dell'opera, ai sensi degli artt. 1667 e 1668 c.c., o per rovina o gravi difetti, ai sensi dell'art. 1669 c.c.²⁰, risente del collegamento per derivazione tra appalto e subappalto, il quale comporta che la sorte del secondo è condizionata a quella del primo, e viene pertanto così ricostruito:

a) l'accettazione senza riserve ex art. 1665 c.c. dell'opera eseguita dal subappaltatore proveniente dall'appaltatore non impedisce la rilevabilità dei vizi da parte del committente e resta perciò subordinata al fatto che quest'ultimo accetti a sua volta l'opera senza riserve;

n. 2284. Appare, invero, evidente che la soluzione del dilemma circa l'applicabilità dell'art. 1669 c.c., piuttosto che dell'art. 2043 c.c., rimane piuttosto essenziale ai fini della operatività del regime speciale di presunzione della responsabilità del costruttore e ai fini del diverso termine di prescrizione.

²⁰ Si ritiene, invero, che l'onere della denuncia, soggetta al termine di decadenza di cui all'art. 1670 c.c., valga tanto per l'azione ai sensi dell'art. 1669 c.c., quanto per l'azione ai sensi degli artt. 1667 e 1668 c.c. La disciplina dell'art. 1670 c.c. è stata reputata così applicabile anche all'ipotesi in cui il costruttore-venditore, chiamato a rispondere, ai sensi dell'art. 1669 c.c., da parte dell'acquirente, intenda agire contro il soggetto cui aveva affidato l'esecuzione delle opere, pur non potendosi qualificare il terzo esecutore come subappaltatore in senso tecnico: Cass. 27 agosto 1997, n. 8109, in *Foro it.* 1998, I, 134 ss.

b) delineando l'art. 1670 c.c. un'azione di regresso in senso ampio dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore, si nega che sia necessario, ai fini del suo esercizio, un giudicato di condanna del primo a seguito di azione esercitata dal committente. L'appaltatore non può tuttavia far valere la responsabilità del subappaltatore prima che il committente gli abbia denunciato l'esistenza di difformità o vizi dell'opera, essendo prima di tale momento privo di interesse ad agire, per non essergli ancora derivato alcun pregiudizio, poiché il committente potrebbe accettare l'opera nonostante i vizi palesi o non denunciare mai quelli occulti o farne denuncia tardiva²¹;

c) l'appaltatore può agire contro il subappaltatore non appena il committente gli abbia tempestivamente denunciato l'esistenza dei predetti vizi o difformità;

d) l'appaltatore-subcommittente, per agire in regresso, è tenuto a comunicare al subappaltatore i vizi o le difformità dell'opera a lui contestati dal committente (o, altrimenti, a chiamare direttamente in giudizio il subappaltatore) entro sessanta giorni dal ricevimento della denuncia, discutendosi se sia comunque idonea a raggiungere il medesimo scopo la denuncia effettuata dal committente direttamente al subappaltatore;

e) il regresso dell'appaltatore verso il subappaltatore è percorribile indipendentemente dalle scadenze ex artt. 1667 e 1668 c.c., anche per vizi palesi e pure se abbia accettato l'opera senza riserve;

²¹ Viene peraltro al riguardo replicato in dottrina che il contratto di subappalto è fonte di una distinta garanzia del subappaltatore nei confronti del subcommittente, sicché quest'ultimo dovrebbe intendersi legittimato ad agire in via autonoma nei confronti del primo, indipendentemente, cioè, da una denuncia del committente di vizi e difformità dell'opera: cfr. N. IMARISIO, *Il subappalto*, cit., 731 ss.

f) il riconoscimento dell'esistenza di vizi o difformità dell'opera proveniente dal subappaltatore, che non abbia operato in rappresentanza o su indicazione dell'appaltatore, non esime il committente dalla denuncia nel termine di decadenza²².

III. Conseguenze della mancata autorizzazione del committente (nel subappalto privato e nel subappalto di lavori pubblici)

Le conseguenze della violazione del divieto di subappalto non autorizzato discendono coerentemente dall'opzione sulla *ratio* del fondamento dell'art. 1656 c.c. Se la necessità dell'autorizzazione viene spiegata in ragione dell'elemento della fiducia insita nella struttura del rapporto tra committente ed appaltatore, nel senso che il primo ha interesse a che i lavori non vengano eseguiti da una anziché da un'altra impresa senza il suo assenso, la conclusione, che trova anche conferma in un risalente precedente giurisprudenziale, è nel senso che il difetto di essa è causa di nullità relativa del subcontratto, rilevabile solo su eccezione del committente, individuato qual unico depositario dell'interesse leso²³.

La configurazione della nullità relativa del subappalto privato non autorizzato, con legittimazione ad agire del solo committente, ha il vantaggio di pervenire ad una soluzione omogenea con quella adottata per il subappalto di lavori

²² Cass. 8 ottobre 2018, n. 24717; Cass. 18 dicembre 2014, n. 26686; Cass. 21 ottobre 2009, n. 22344; Cass. 11 settembre 2009, n. 23903.

Secondo Cass. 22 ottobre 2020, n. 23071, l'appaltatore è tenuto, ai sensi dell'art. 1670 c.c., a denunciare tempestivamente al subappaltatore i vizi o le difformità dell'opera a lui contestati dal committente anche nell'ipotesi in cui sia il subappaltatore ad agire nei suoi confronti per inadempimento.

²³ Cass. 18 maggio 1955 n. 1466, in *Mass. Foro it* 1955, 316.

pubblici, in forza della imperatività della normativa, ma collide con la natura dell'interesse sotteso al divieto di cui all'art. 1656 c.c., il quale non è dettato per un interesse economico di carattere generale emergente nella fase genetica della convenzione derivata²⁴, ma nel solo interesse individuale del committente, tutelato in sede di funzionamento del rapporto. D'altro canto, per quanto detto nelle pagine precedenti, il committente originario non è parte del contratto di subappalto e quindi non si vede come lo stesso possa essere legittimato a farne valere la nullità relativa.

Si è pure prospettato che il subappalto non autorizzato sia valido tra subcommittente e subappaltatore, ma inefficace, ovvero inopponibile, verso il committente originario. Ciò, tuttavia, collide con la ricostruzione del subappalto come contratto nuovo e distinto rispetto all'appalto, soggetto in quanto tale al principio di relatività degli effetti di cui all'art. 1372 c.c., e che perciò coinvolge unicamente il subcommittente e il subappaltatore, a meno che i contraenti non lo stipulino nelle forme del contratto a favore di terzo.

Altrimenti, si ritiene che la mancanza di autorizzazione del subappalto non incida sulla validità o sull'efficacia del contratto, riguardando il comportamento dell'appaltatore, il quale può essere semmai fonte di responsabilità contrattuale per inadempimento del divieto, ovvero dell'obbligazione di non fare, ex art. 1656 c.c., e condurre alla risoluzione, con conseguenze risarcitorie, ove abbia pregiudicato la regolare esecuzione dell'opera. L'importanza dell'inadempimento, agli effetti dell'art. 1455 c.c., sarebbe correlata alla carenza dei requisiti tecnici, economici e di affidabilità in capo al soggetto subappaltatore.

²⁴ Salvo intenderlo, come pure si è ipotizzato, quale interesse di ordine pubblico ad evitare che l'appaltatore si trasformi in un accaparratore di lavori animato da fini speculativi.

Maggior rilievo assume il subappalto non autorizzato nell'ambito delle opere pubbliche, giacché storicamente individuato dalla legislazione antimafia quale primario obiettivo delle tecniche civilistiche di controllo della circolazione dei capitali, in quanto iniziativa economica sintomatica della presenza nel mercato della criminalità organizzata.

L'art. 21 della legge 13 settembre 1982, n. 646, più volte modificato, da ultimo dal d.l. n. 113 del 2018, convertito nella legge n. 132 del 2018, punisce con la reclusione e una multa proporzionata al valore dell'opera chi, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente (reato proprio a concorso necessario tra concedente e subappaltatore). La *ratio* dell'art. 21 risiede evidentemente nel controllo, anteriore alla stipulazione del subappalto, sulla identità e qualità dei soggetti che si interpongono nell'esecuzione dei lavori pubblici, nonché sulla destinazione dei flussi di denaro pubblico, al fine di evitare manovre speculative di accaparramento degli appalti. Mentre l'art. 339, l. n. 2248/1865, allegato F, pur implicando profili pubblicistici, operava sul piano della protezione di posizioni essenzialmente contrattuali della P.A., quali la garanzia di qualità morale e di affidabilità tecnica dell'esecutore dell'opera, la disciplina del 1982 ha privilegiato esigenze d'interesse generale, apprestando un meccanismo di tutela che trova nel rilascio dell'autorizzazione a contrarre da parte della stazione appaltante un momento procedimentale irrinunciabile per i fini perseguiti.

Mentre la giurisprudenza penale individua il momento consumativo della condotta punibile, ai sensi dell'art. 21, l. n. 646/1982, nella concreta esecuzione delle opere senza autorizzazione, e non nella stipula dell'accordo, la quale

rappresenterebbe una fase prodromica della fattispecie incriminatrice²⁵, le sezioni civili della Corte di cassazione ritengono che la medesima fattispecie predispone un condizionamento anticipato dell'autonomia negoziale di soggetti che possono pure essere del tutto estranei a qualsiasi situazione di "sospetta mafiosità" ed è perciò integrata già dalla sola conclusione del subappalto senza l'autorizzazione dell'autorità competente, a prescindere dalla sua eventuale esecuzione, sicché ravvisano al riguardo una figura di reato-contratto, correlata alla prescrizione dell'art. 1418, comma 1, c.c.

In effetti, l'art. 21, l. n. 646/1982 menziona non la stipula del contratto, ma il "*concedere anche di fatto*" i lavori in subappalto o cottimo. D'altro canto, l'autorizzazione al subappalto può seguire al deposito presso il soggetto appaltante del contratto previamente stipulato, di tal che l'invalidità per difetto di autorizzazione viene a configurarsi in tal caso come "nullità virtuale successiva".

Comunque, gli effetti sul piano civilistico cagionati dalla trasgressione degli indicati limiti inderogabili dell'autonomia privata vengono abitualmente prospettati in termini di validità del contratto: se l'appaltatore di un'opera pubblica stipula con un terzo un contratto di subappalto senza la preventiva autorizzazione della competente autorità, lo stesso contratto, in quanto concluso in violazione dell'art. 21 l. n. 646/1982, è nullo ed il subappaltatore, a

²⁵ Cass. pen. sez. VI, 30 novembre 2022, n. 12078; Cass. pen. sez. VI, 22 maggio 2013, n. 25018; Cass. pen. sez. III, 2 agosto 1996, n. 7665.

Cass. pen. sez. VI, 11 marzo 2013, n. 12821, ha escluso che integri il reato previsto dall'art. 21 della legge n. 646/1982 la condotta di chi, avendo in appalto opere riguardanti la P.A., conceda le stesse in subappalto in misura superiore alla percentuale stabilita nell'atto autorizzativo, in quanto la disposizione mira non tanto a tutelare la mera regolarità nell'esecuzione dell'appalto, ma ad evitare che, attraverso il subappalto o il cottimo non autorizzati, i lavori vengano eseguiti da imprese che, per i loro legami con le organizzazioni criminali, non avrebbero potuto esserne aggiudicatarie.

tutela dei diritti vantati, non può neppure esperire l'azione di indebito arricchimento²⁶.

Pertanto, ove la pretesa fatta valere in giudizio sia ancorata all'assunta validità del contratto (come in ipotesi di proposizione di domanda di pagamento avanzata dal subappaltatore), il giudice ha il potere-dovere di rilevare dai fatti emergenti degli atti, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, la nullità del subappalto di opere pubbliche non autorizzato. Ove, invece, il difetto di preventiva autorizzazione del subappalto ad opera della stazione appaltante non risulti dagli elementi acquisiti al processo, mancando la prova di una condizione di validità del contratto, la domanda di adempimento apparirà comunque priva di un indispensabile fatto costitutivo.

Si reputa inadeguato il tentativo di rinvenire *aliunde*, seppur nel medesimo ambito privatistico, una reazione ordinamentale appropriata alla dedotta violazione dell'art. 21, l. n. 646/1982, ed avente però forme e finalità alternative alla nullità del contratto. L'art. 21, comma 3, prevedeva, per la prosecuzione dei rapporti di subappalto in corso alla data dell'entrata in vigore della legge rimasti privi del titolo autorizzatorio, la facoltà dell'amministrazione appaltante di chiedere la risoluzione del contratto, così intendendosi legittima altresì la

²⁶ Cass. 9 novembre 2016, n. 22841, secondo cui il divieto di concedere in subappalto le opere oggetto di un pubblico appalto, senza la preventiva autorizzazione dell'amministrazione committente, non può essere aggirato mediante la stipula di una clausola che subordini l'efficacia del subappalto alla condizione sospensiva del rilascio della successiva autorizzazione della stazione appaltante; Cass. 16 aprile 2015, n. 7752, secondo cui l'art. 21 della l. n. 646/1982 si riferisce esclusivamente ai subappalti di opere o servizi e non ad ogni contratto genericamente derivato; Cass. 15 gennaio 2014, n. 713, secondo cui l'art. 21 della l. n. 646/1982 non riguarda solo il rapporto tra appaltante ed appaltatore originario, estendendosi la sanzione della nullità del contratto a tutti gli eventuali successivi subappalti, pur quando il primo subappalto sia stato autorizzato; Cass. 26 gennaio 2011, n. 1833, sui rapporti con l'azione di ingiustificato arricchimento spiegata dal subappaltatore verso il committente; Cass. 18 febbraio 2008, n. 3950, sulla nullità per contrasto con norma imperativa del subappalto di opera pubblica non autorizzato; nello stesso senso, Cass. 16 luglio 2003, n. 11131; Cass. 18 novembre 1997, n. 11450, in *Giust. civ.* 1998, I, 1355 ss.

sospensione dei pagamenti da parte dell'appaltatore, in quanto fatto potenzialmente produttivo di danno anche in caso di ultimazione dell'opera²⁷. Tuttavia, il diritto di risoluzione del contratto in favore della stazione appaltante presidia interessi contrattuali allo scioglimento del vincolo qualora, a seguito della stipulazione non autorizzata (che concreta un vero e proprio inadempimento), non permangano le ragioni dell'affidamento dei lavori all'originario appaltatore; laddove, se la P.A. committente si determini per la conservazione del rapporto, proprio la comminatoria di nullità può concorrere al completamento del sistema di tutela del contraente pubblico, atteso che, operando il regime dell'art. 1421, comma 1, c.c., questi può far emergere l'invalidità originaria della substipulazione, godendo indirettamente degli effetti derivanti in termini di esclusione del subappaltatore da ogni ingerenza nell'esecuzione delle opere. Essendo, peraltro, la risoluzione un esito soltanto eventuale attinente l'appalto principale, giacché mera facoltà dell'Amministrazione appaltante, nonché strumento evidentemente parziale, siccome invasivo di un rapporto distinto da quello oggetto di proibizione, se alla lesione dell'interesse protetto dal divieto del subappalto non autorizzato fosse ricollegata la sola risoluzione dell'appalto, senza comminatoria di nullità del sub-contratto, la risposta del sistema sul piano civilistico potrebbe anche mancare.

IV. Profili di giurisdizione

Cass., sez. un. 31 ottobre 2022, n. 32148, ha dichiarato che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa alla domanda di risarcimento per responsabilità contrattuale da inadempimento di un

²⁷ Cass. 21 giugno 2000, n. 8421, in *Urbanistica e appalti* 2000, 1112 ss.

subappalto di opere pubbliche proposta dal subappaltatore nei confronti dell'appaltatore, nonché alla domanda parimenti azionata dal subappaltatore a titolo di responsabilità extracontrattuale nei confronti del committente, cui si imputava la mancata esecuzione del rapporto per aver espresso una valutazione negativa sulla idoneità della metodica utilizzata dal medesimo subappaltatore. Quanto in particolare a tale seconda pretesa, le Sezioni Unite hanno evidenziato che, “quand’anche si riconosca carattere pubblicistico all’istituto dell’autorizzazione al subappalto, ... in contrapposizione all’autorizzazione ex art. 1656 c.c.”, la committente pubblica aveva svolto tali sue valutazioni ostative al subappalto in sede di esecuzione e svolgimento del rapporto e non già mediante adozione di provvedimenti autoritativi concernenti la selezione dell’impresa ovvero l’aggiudicazione dei relativi lavori²⁸.

Per la giurisprudenza amministrativa, peraltro, nel diniego di autorizzazione al subappalto, gli interessi di carattere generale, pur connessi alla corretta esecuzione del contratto, connotano il momento pubblicistico, il quale si rappresenta nella scelta del subappaltatore nei termini di verifica del rispetto dei preesistenti criteri fissati dalla procedura di gara. L’autorizzazione al subappalto di opere pubbliche si differenzia, invero, da quella contemplata nell’art. 1656 c.c., essendo la prima preordinata al perseguimento di interessi pubblici volti ad evitare che nella fase attuativa del contratto si pervenga a vanificare gli esiti della procedura selettiva, interessi, dunque, ulteriori a quelli considerati nella

²⁸ Si veda altresì Cass. 26 febbraio 2020, n. 5143, che affida al giudice di merito (ordinario) di accertare, anche a fini risarcitori, se il ritardo nel rilascio dell’autorizzazione al subappalto dipenda dall’ingiustificata inerzia dell’amministrazione appaltante, oppure dall’inadempimento dell’appaltatore.

disciplina del codice civile, attenta unicamente a preservare la natura fiduciaria dell'appalto e l'aspettativa del committente di veder realizzati i lavori a regola d'arte. L'appaltatore e il subappaltatore di opere pubbliche, pur non collocandosi in un rapporto paritetico con la stazione appaltante, troverebbero comunque tutela nello statuto tipico del procedimento amministrativo, vantando un interesse legittimo a che l'attività autorizzativa del subappalto sia esercitata in coerenza con il pubblico interesse sotteso al contratto di appalto. Pur essendo, quindi, già intervenuta la sottoscrizione del contratto, la controversia avente ad oggetto la verifica della sussistenza della condizioni previste dalla legge per il ricorso al subappalto da parte dell'aggiudicatario e le conseguenti determinazioni della stazione appaltante in materia di autorizzazione rientrerebbe nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo²⁹.

²⁹ Cons. Stato sez. V, 10 gennaio 2022, n.171; Cons. Stato sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1713; Cons. Stato Sez. V, 21 settembre 2007, n. 5906.

Secondo invece Cons. Stato sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3502, la situazione dell'impresa che aspira al subentro nel contratto di appalto costituisce una posizione di diritto soggettivo afferente alla fase esecutiva di un contratto già stipulato con la p.a. e rientra, quindi, nella giurisdizione del giudice ordinario. A sua volta, Cons. Stato sez. V, 20 maggio 2003, n. 2755, affermava che la domanda di pagamento rivolta dal subappaltatore nei confronti dell'ente pubblico committente attiene a vicende successive alla stipulazione del contratto privatistico di subappalto e che la cognizione di essa appartiene, pertanto, alla giurisdizione del giudice ordinario. Si veda anche T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 4 gennaio 2010, n. 34, in *Corr. mer.* 2010, 331 ss., con commento di C. LAMBERTI, *Il subappalto è (ancora) del giudice ordinario?*