

Civile Ord. Sez. 1 Num. 16708 Anno 2020
Presidente: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO
Relatore: FERRO MASSIMO
Data pubblicazione: 05/08/2020

ORDINANZA

Sul ricorso proposto da:

ORD.
2298

2020

Pagina 1 di 9 - RGN 28819/2017

estensore conf. m. ferro

CROTONSCAVI COSTRUZIONI GENERALI s.p.a., in persona del l.r.p.t., rappr. e dif. dall'avv. Germana Villirillo germanavillirillo@pec.giuffre.it, elett. dom. presso il suo studio in Crotone, via Pantusa n. 14, come da procura in calce all'atto

-ricorrente-

Contro

FALLIMENTO AMBIENTE E SERVIZI CATANZARO s.p.a., in persona del cur. fall. p.t., rappr. e dif. dall'avv. Emilio Martucci, elett. dom. presso lo studio dell'avv. Vincenzina Falbo, in Roma, via Animuccia Pasubio n. 15, emilio.martucci@avvocaticatanzaro.legalmail.it, come da procura in calce all'atto

-controricorrente -

per la cassazione della sentenza App. Catanzaro 20.4.2017, n. 762/2017, rep. 888/2017, in R.G. 1459/2014;

udita la relazione della causa svolta dal Consigliere relatore dott. Massimo Ferro alla camera di consiglio del 21.7.2020.

FATTI DI CAUSA

Rilevato che:

1. CROTONSCAVI COSTRUZIONI GENERALI s.p.a [CROTONSCAVI] impugna la sentenza App. Catanzaro 20.4.2017, n. 762/2017, rep. 888/2017, in R.G. 1459/2014 che ha rigettato il suo appello avverso l'ordinanza Trib. Catanzaro 10.11.2014 con cui era stata accolta la domanda di revocatoria fallimentare, proposta da FALLIMENTO AMBIENTE E SERVIZI CATANZARO s.p.a. [FALLIMENTO], del pagamento di 111.591,43 euro eseguito a favore della ricorrente dal terzo pignorato Comune di Crotone;

2. il tribunale ha premesso che: a) in data 19.3.2012 la società AMBIENTE E SERVIZI CATANZARO s.p.a. aveva chiesto al Tribunale di Catanzaro l'ammissione al concordato preventivo, concessa il 9.5.2012, con evoluzione poi - a seguito della mancata approvazione da parte dei creditori

- in fallimento, dichiarato il 10.12.2012; b) nel frattempo, il giudice dell'esecuzione del Trib. Crotona assegnava con ordinanza il 16.2.2012, in favore sia di Crotonscavi che della Ambiente e Servizi, le somme dovute dal terzo pignorato, ampliando a beneficio solo della prima società le somme già di spettanza della seconda, avendo questa 'rinunciato al credito precettato' e così con ordinanza 31.7.2012 redistribuendo le medesime, con pagamento percepito il 1.10.2012 per euro 111.591,43, colpito dall'azione revocatoria ai sensi degli artt.168 e 67 l.f.; c) il tribunale, previa affermazione della propria competenza e della correttezza del rito sommario, riteneva fondata l'azione ex art.67 l.f., avendo riguardo all'epoca dei mandati di pagamenti (25.9.2012) e alla *scientia decoctionis* (stante il ruolo attivo intrapreso da Crotonscavi nel recupero del credito e nel concordato), escludendo che un rapporto diretto si fosse poi instaurato fra l'*accipiens* e il Comune di Crotona ai sensi dell'art.118 d.lgs. n.163 del 2006 e negando ingresso alla domanda riconvenzionale del credito in prededuzione, da rivolgere al giudice delegato;

3. il tribunale ha così ritenuto che: a) la domanda non era soggetta a riserva di collegialità ex art.50bis c.p.c., come eccepito dall'appellante e senza effetti sulla contestata competenza territoriale del Tribunale di Catanzaro, questione non oggetto di specifica impugnazione; b) era infondata la richiesta di mutamento del rito, da sommario ad ordinario, involgendo comunque essa aspetti irrilevanti, quali i lavori svolti, rispetto alla domanda di revoca del pagamento; c) la mancata contemplazione nel bando di gara di opera pubblica assegnata alla fallita di un pagamento diretto dal Comune al subappaltatore escludeva un rapporto diretto di quest'ultimo con la stazione appaltante (punto comunque non oggetto d'appello), rendendo altresì insussistente un indebito arricchimento dell'appaltatore; d) rientrando il pagamento nel periodo sospetto, stante la data del mandato di pagamento (e non quella dell'ordinanza di assegnazione), l'elemento soggettivo dell'azione risultava già dalla diretta partecipazione dell'appellante, quale creditore votante, al concordato preventivo del suo debitore; e) apparteneva alla competenza funzionale dell'organo fallimentare giudiziale

l'accertamento della prospettata prededuzione, quale credito da subappalto;

4. il ricorso è su tre motivi; ad esso resiste con controricorso il fallimento.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Considerato che:

1.il primo motivo deduce la nullità della sentenza, con riguardo agli artt.702 e s. c.p.c., ove non è stata affrontata la censura sul mutamento del rito per l'esame della domanda di ingiustificato arricchimento, presupposto da cui conseguirebbe la non revocabilità del pagamento a Crotonscavi;

2.il secondo motivo invoca la violazione dell'art.118 d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art.111 l.f., oltre che dell'art.67 l.f., non avendo la corte considerato che la mancata trasmissione all'appaltante delle fatture quietanzate sospende il pagamento all'affidatario dei lavori stessi, a garanzia del subappaltatore;

3.il terzo motivo deduce la erroneità della sentenza per violazione dell'art.67 l.f., laddove l'elemento soggettivo è stato tratto dalla sola partecipazione al concordato preventivo;

4. il primo motivo è inammissibile; l'oggetto del giudizio, con chiarezza enunciato nella sentenza, è la revocatoria fallimentare cui è stato assoggettato il pagamento, ricevuto dall'attuale ricorrente a mani del Comune di Crotone, terzo-debitor *debitoris* tenutovi a seguito della espropriazione presso terzi appunto promossa dalla società ricorrente contro l'attuale fallita per somme dovute a questa dal Comune;

5.tale premessa di per sé sorregge la inammissibilità del primo motivo di ricorso, nel suo profilo introduttivo ed assorbente, poiché, per un verso, della questione la corte si è occupata *ex professo*, ritenendola infondata (pag.6) e, per altro verso, vi è motivato giudizio d'irrelevanza (pag.7) degli ulteriori profili, ancora preliminari, ove si è prospettata una connessione tra la questione della esecuzione dei lavori da parte di Crotonscavi (subappaltatore) e il credito dell'appaltatore Ambiente e Servizi (poi fallita)

rispetto al rito ex art.702bis c.p.c. prescelto dalla curatela avanti al tribunale; invero, la esplicita qualificazione di 'irrelevanza' della questione, integrando ed anzi confermando la non utilità di alcuna istruttoria sul contratto d'appalto, dà conto della compatibilità con l'azione effettivamente proposta (quella di cui all'art.67 co.2 l.f.) con il procedimento sommario di cognizione;

6. il secondo motivo è inammissibile, per plurimi profili; in esso non appare superabile un originario difetto d'interesse del ricorrente che, da un lato, riconosce – com'è pacifico in atti – di aver agito *in executivis* contro la società appaltatrice (poi fallita), mediante la espropriazione presso il Comune, terzo debitore del suo debitore, così nei fatti sottraendo coerenza alla volontà di far accertare, nello stesso procedimento ordinario promosso dal curatore per la revocatoria del pagamento nel frattempo ricevuto, altresì la titolarità primaria, in capo ad esso ricorrente, di quello stesso credito di subappalto che invece aveva già fatto valere esattamente non contro il Comune quale suo supposto (ora) debitore diretto, bensì contro tale ente perché tenuto al pagamento verso l'appaltatore; tale considerazione, di per sé e parimenti, esclude la possibile trattazione nel presente giudizio, come correttamente negato dal giudice di merito, di ogni pretesa vantata da Crotonscavi (subappaltatore) verso la appaltatrice fallita;

7. la conclusione, dall'altro lato, va ribadita indipendentemente dalla natura prededuttiva del credito invocato, poiché anche siffatta qualificazione – per come introdotta dal ricorrente - non sfugge alla necessità di far valere quel diritto avanti al solo organo concorsuale deputato al suo accertamento; è invero indirizzo consolidato che *«in tema di insinuazione al passivo i crediti prededucibili, sorti prima o dopo la dichiarazione di fallimento, salvo che non risultino contestati per collocazione ed ammontare ovvero siano sorti a seguito di provvedimenti di liquidazione dei compensi di cui all'art. 25 l.fall., devono essere accertati nelle forme della verifica dello stato passivo»* (Cass. 17594/2019); si tratta di principio che a maggior ragione opera nella presente vicenda, in cui il

curatore agisce per un credito correlato ad azione istituzionale propria e ove si consideri che, perfino nelle ipotesi di successione nelle azioni già nel patrimonio del fallito, per esso questa Corte ha analogamente ribadito che non assume «alcun rilievo l'eventualità che il credito sia stato opposto in compensazione in un giudizio ordinario promosso dal fallimento per la riscossione di un credito del fallito, in quanto la compensazione, oltre a presupporre l'accertamento del credito, può essere riconosciuta soltanto in sede fallimentare» (Cass. 7967/2008, 18691/2014);

8. va poi aggiunto che la questione della spettanza o meno della prededuzione sul credito del subappaltatore di opere pubbliche ha trovato recente soluzione nelle sentenze n. 5685 e 5686 del 2020 delle Sezioni Unite, a definizione di un contrasto insorto nella stessa giurisprudenza di legittimità; vi si legge che «se è vero ... che il fallimento determina lo scioglimento del contratto di appalto (cfr. artt. 81 legge fall. e, per gli appalti pubblici, 140, comma 1, del codice del 2006 e 110, comma 1, del codice del 2016) qualora il curatore non dichiari di voler subentrare nel rapporto (cfr. terzo comma, lett. b, del citato art. 110), la tesi che ammette la prededuzione postula l'operatività della sospensione come oggetto di un potere unilaterale della stazione appaltante che renderebbe insindacabile la valutazione dell'interesse che ne è a fondamento... postulato...non condivisibile»; premette il Collegio che, nella fattispecie ed in conseguente integrazione della motivazione resa dal tribunale, trova piena attualità applicativa l'art.118 co.3 d.lgs. n. 163 del 2006, codice degli appalti, almeno nei termini in cui, *ratione temporis*, va riferito alla disciplina del rapporto contrattuale sottoposto, sia pur indirettamente, all'odierno esame;

9. la disciplina della sorte del credito del subappaltatore di opere pubbliche, per il quale non risultino all'ente pubblico le quietanze di pagamento, in quanto non saldato dall'appaltatore, interessa in termini la procedura nell'ipotesi in cui, come da prospettazione, residui appunto un credito dell'appaltatore verso l'amministrazione appaltante; non ha invece, nella vicenda, portata decisiva la circostanza che l'amministrazione abbia

o meno opposto, e quale condizione di esigibilità, la prerogativa di sospensione di cui all'art. 118 del codice del 2006, poiché assume valore assorbente la circostanza di fatto che il Comune di Crotona si sia dichiarato debitore della Ambiente e Servizi e, in quella veste di dichiarato terzo debitore, abbia così ottemperato all'ordinanza di assegnazione del giudice dell'esecuzione; tanto più che, per le citate pronunce, il meccanismo delineato dall'art. 118, co.3 d.lgs. n. 163 del 2006 (ove permette alla stazione appaltante di sospendere i pagamenti – tra l'altro 'successivi', circostanza non altrimenti evidenziata per la sua rilevanza in ricorso - in favore dell'appaltatore, in attesa delle fatture dei pagamenti effettuati da quest'ultimo al subappaltatore) va riferito all'ipotesi in cui il rapporto di appalto sia in corso con un'impresa *in bonis*, mentre nella vicenda di causa il menzionato contratto rileva come mero fatto, sol perché da esso è scaturito un pagamento di cui è stata chiesta l'inefficacia verso la massa;

10.ma resta fermo, nel diverso contesto concorsuale e riprendendo il tema del credito impropriamente (come detto) avanzato nel presente giudizio, che il subappaltatore è un creditore concorsuale dell'appaltatore come gli altri, da soddisfare nel rispetto della *par condicio creditorum* e dell'ordine delle cause di prelazione; così come la invocata condizione di esigibilità (o procedibilità per la riscossione del credito dall'ente), su cui si fondavano i precedenti ammissivi della prededuzione, non è né automatica, né generale; invero anche la nozione di sospensione contraddice un contratto che, ai sensi dell'art. 81 l.f., si scioglie con il fallimento; fallito l'appaltatore, esso non è pertanto (di regola) più eseguibile, spettando allora al curatore il credito per le prestazioni effettuate fino all'intervenuto scioglimento ovvero, se adempimento monetario vi sia stato, ogni azione recuperatoria a tutela della *par condicio creditorum*; a sua volta, la stazione appaltante può rifiutare il pagamento solo delle opere ineseguite o eseguite non a regola d'arte, ma non può invocare l'art. 1460 c.c., cioè un'eccezione di inadempimento, nella quale si risolverebbe la sospensione della prestazione della parte non inadempiente, che presuppone un contratto non ancora sciolto e quindi

tuttora eseguibile; e anche la descritta, ipotetica, condotta amministrativo-contrattuale non è, in fatto, stata allegata e provata;

11. il terzo motivo è inammissibile, per duplice ragione; per un verso non appare adeguatamente impugnata la *ratio decidendi* che, nell'argomentazione della corte, sorregge il giudizio di conoscenza dello stato di insolvenza argomentando non solo dalla partecipazione attiva dell'*accipiens* e quale creditore alla procedura di concordato, ma anche per aver dato vita in proprio all'esecuzione forzata (Cass. 6985/2019, 10815/2019); in ogni caso, opera in tema il principio per cui «l'accertamento del giudice del merito in ordine alla conoscenza da parte del creditore, convenuto con l'azione revocatoria fallimentare, dello stato di insolvenza del debitore, integra un apprezzamento di fatto che, se fondato su elementi non controversi ed oggettivamente significativi e se sorretto da congrua e logica motivazione, è incensurabile in sede di legittimità» (Cass. 14676/2007, 15939/2007);

12. quanto infine al momento rilevante per la configurazione del periodo sospetto vale il principio per cui «gli atti soggetti a revocatoria ex art. 67 legge fall. (nel testo applicabile "ratione temporis"), in quanto compiuti entro l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento del debitore esecutato, non sono i provvedimenti del giudice dell'esecuzione (nella specie, assegnazione di un credito vantato dal fallito presso terzi) ma i soli, successivi (e distinti) atti di pagamento coattivo in tal modo conseguiti, per cui, ai fini del computo del cosiddetto "periodo sospetto", occorre far riferimento, al pari del pagamento spontaneo, alla data in cui il soddisfacimento sia stato concretamente ottenuto con la ricezione, da parte del creditore, della somma ricavata dall'esecuzione» (Cass. 13908/2014); si tratta di corrente acquisizione interpretativa (conf. Cass. 7508/2011, Cass. 5994/2011, Cass. 463/2006) che a maggior ragione sottrae pertinenza alla censura, tenuto conto che la sentenza inquadra nel periodo predetto il 'mandato di pagamento', già ricadente nell'intervallo temporale considerato dall'art.67 co.2 l.f., laddove il materiale pagamento (di cui dà conto il controricorrente e che la stessa sentenza, a pag.4,

riporta al 1.10.2012) si è attuato in epoca ancor più prossima alla sentenza di fallimento;

il ricorso va dunque dichiarato inammissibile; stante la soccombenza, sono poste a carico del ricorrente le spese del giudizio di legittimità, con liquidazione come meglio da dispositivo; sussistono i presupposti processuali per il cd. raddoppio del contributo unificato (Cass. s.u. 4315/2020).

P.Q.M.

la Corte dichiara inammissibile il ricorso; condanna il ricorrente al pagamento delle spese, liquidate in euro 6.000, oltre ad euro 200 per esborsi e agli accessori di legge; ai sensi dell'art. 13, co. 1-*quater*, d.P.R. 115/02, come modificato dalla l. 228/12, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello, ove dovuto, per il ricorso principale, a norma del co. 1-*bis* dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 21 luglio 2020

il Presidente
dott. Francesco Antonio Genovese

