Giurisprudenza

**Civile Sent. Sez. U Num. 5685 Anno 2020**
**Presidente: TRAVAGLINO GIACOMO**
**Relatore: LAMORGESE ANTONIO PIETRO**
**Data pubblicazione: 02/03/2020**

**SENTENZA**

sul ricorso 28193-2014 proposto da:

BONOTTO S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GREGORIO VII 474, presso lo studio dell'avvocato GUIDO ORLANDO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ALESSIA TELESI;

***- ricorrente -***

4/2020

dirittobancario.it

Giurisprudenza

***contro***

FALLIMENTO MILESI S.P.A. IN LIQUIDAZIONE, in persona del curatore pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA LUCREZIO CARO 62, presso lo studio dell'avvocato SEBASTIANO RIBAUDO, rappresentato e difeso dall'avvocato ALDO ALGANI;

***- controricorrente -***

avverso il decreto n. 4937/2014 del TRIBUNALE di BERGAMO, depositato il 04/07/2014.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 14/01/2020 dal Consigliere ANTONIO PIETRO LAMORGESE;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale LUCIO CAPASSO, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

uditi gli avvocati Guido Orlando e Simone Ciccotti per delega dell'avvocato Aldo Algani.

**FATTI DI CAUSA**

1.- Il giudice delegato al Fallimento Milesi s.r.l., ammettendo al passivo della procedura i crediti vantati dalla Bonotto s.r.l. in via chirografaria, respingeva la richiesta di collocazione in prededuzione avanzata da quest'ultima, quale subappaltatrice di lavori pubblici commissionati alla Milesi dal Consorzio BBM.

2.- L'opponente Bonotto deduceva che la mancata trasmissione delle fatture quietanzate alla stazione appaltante determinava la sospensione del pagamento a favore dell'appaltatrice Milesi, a norma dell'art. 118 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice degli appalti, d'ora in avanti «codice del 2006»), e giustificava l'ammissione del proprio credito in prededuzione, in quanto funzionale agli interessi della massa fallimentare.

3.- Il Tribunale di Bergamo, con decreto del 4 luglio 2014, rigettava l'opposizione.



dirittobancario.it

Giurisprudenza

3.1.- Ad avviso del tribunale, il fallimento dell'appaltatore provoca l'automatico venir meno del vincolo negoziale e, di conseguenza, l'inapplicabilità dell'art. 118 citato, anche alla luce delle modifiche normative introdotte dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito in legge 21 febbraio 2014, n. 9, dalle quali si desume che presupposto dell'art. 118 codice appalti è la vigenza del contratto di appalto tra la stazione appaltante e l'appaltatore. Ed anche a ragionare in termini di funzionalità del credito rispetto allo scopo di incrementare la massa nell'interesse del ceto creditorio, l'ammissione del credito in prededuzione non comporta il pagamento immediato da parte della stazione appaltante, potendo esso avvenire solo a seguito del riparto, a norma dell'art. 111 bis legge fall.

4.- Avverso questo decreto la Bonotto ha proposto ricorso per cassazione, illustrato da memoria, resistito dal Fallimento Milesi.

5.- Con due motivi di ricorso, tra loro connessi, la società Bonotto denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 111 legge fall. e 118, terzo comma, d. lgs. n. 163 del 2006 e omesso esame di un fatto decisivo, imputando al tribunale di avere, negando la prededuzione, disatteso senza motivazione alcuna, o con motivazione non conferente, il principio di diritto espresso da questa Corte con la sentenza n. 3402 del 2012, a sostegno del quale sviluppa le seguenti considerazioni:

la società Milesi era stata dichiarata fallita con sentenza del 10 ottobre 2013, ossia in data precedente all'introduzione delle novità normative di cui al d.l. n. 145 del 2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 9 del 2014, dunque inapplicabili nella fattispecie, tanto più che esse prevedevano il pagamento diretto da parte della stazione appaltante al subappaltatore, mentre nella fattispecie veniva in rilievo il pagamento al subappaltatore da parte dell'appaltatore (in moneta fallimentare);



dirittobancario.it

Giurisprudenza

l'art. 118, terzo comma, codice del 2006 è posto a tutela del subappaltatore, che è parte debole del rapporto contrattuale, in modo da assicurare la tempestiva soddisfazione dei suoi crediti nei confronti dell'appaltatore;

nella specie, per effetto della comunicazione del mancato pagamento da parte della subappaltatrice (avvenuta a maggio e giugno 2013), la stazione appaltante aveva sospeso i pagamenti a favore della Milesi quando il contratto di appalto era in vigore;

la sospensione dei pagamenti e il venir meno del contratto di appalto, a seguito del fallimento dell'appaltatrice, non comportano che il credito della Milesi verso la stazione appaltante si sia estinto per effetto della dichiarazione di fallimento, visto che, pur in caso di risoluzione *ex nunc* del contratto di appalto, il credito della fallita resta da soddisfare, una volta verificatasi la condizione della trasmissione della quietanza dell'avvenuto pagamento alla subappaltatrice;

la riscossione del credito da parte di quest'ultima è funzionale alla gestione fallimentare, rappresentando la condizione del pagamento che l'appaltatrice fallita deve ricevere dalla stazione appaltante;

per escludere il beneficio derivante dalla prededuzione per la massa dei creditori non rileva che il pagamento al subappaltatore debba avvenire a seguito di riparto ex art. 111 *bis* legge fall.

6.- Il Collegio della 1ª sez. civ., con ordinanza interlocutoria del 12 luglio 2019, ha rimesso all'esame delle Sezioni Unite la questione, sulla quale ha registrato un contrasto di giurisprudenza all'interno della sezione, riguardante le modalità di soddisfacimento del credito del subappaltatore di opera pubblica nei confronti dell'appaltatore in caso di fallimento di quest'ultimo e, in particolare, se, ove residui un credito dell'appaltatore verso l'amministrazione appaltante e l'amministrazione abbia in base al contratto opposto la condizione di esigibilità di cui all'art. 118 del codice del 2006, il curatore, che voglia



dirittobancario.it

Giurisprudenza

incrementare l'attivo, debba subire o meno, sul piano della concreta funzionalità rispetto agli interessi della massa, la prededuzione del subappaltatore.

**MOTIVI DELLA DECISIONE**

1.- La questione rimessa al vaglio delle Sezioni Unite attiene alla configurabilità o meno di un nesso intercorrente tra il disposto dell'art. 118, terzo comma, del codice del 2006 (d. lgs. n. 163 del 2006) - nel testo vigente anteriormente alle modifiche apportate dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 145 (in vigore dal 24 dicembre 2013), convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9 (in vigore dal 22 febbraio 2014), tenuto conto che la sentenza di fallimento della Milesi è del 10 ottobre 2013, l'istanza di insinuazione al passivo è del 19 novembre 2013, la decisione del giudice delegato che ha negato la prededuzione è dell'11 febbraio 2014 - e l'istituto fallimentare della prededuzione di cui all'art. 111, ultimo comma, legge fall., secondo il quale sono prededucibili i crediti così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali.

1.1.- Il citato terzo comma dell'art. 118 del codice del 2006, anticipato dall'art. 18, terzo comma, della legge 19 marzo 1990, n. 55 e successivamente abrogato dal codice del 2016 (d. lgs.18 aprile 2016, n. 50, art. 217, d'ora in avanti «codice del 2016»), prevedeva che «*Nel bando di gara la stazione appaltante indica che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni, dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto*



dirittobancario.it

Giurisprudenza

*termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. Nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento*».

L'art. 13, decimo comma, lett. a)-b), del d.l. n. 145 del 2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 9 del 2014, ha aggiunto all'art. 118 del codice del 2006, terzo comma, il seguente periodo: «*Ove ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, o anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono, accertate dalla stazione appaltante, per il contratto di appalto in corso può provvedersi, sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, al pagamento diretto alle mandanti, alle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori a norma dell'articolo 93 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, nonché al subappaltatore o al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite*». E dopo il terzo comma, ha inserito il comma 3 bis che così recita: «*E' sempre consentito alla stazione appaltante, anche per i contratti di appalto in corso, nella pendenza di procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, provvedere ai pagamenti dovuti per le prestazioni eseguite dagli eventuali diversi soggetti che costituiscano l'affidatario, quali le mandanti, e dalle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori a norma dell'articolo 93 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, dai subappaltatori e dai cottimisti, secondo le determinazioni presso il Tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura*».

Il codice del 2016 attualmente prevede soltanto il pagamento



dirittobancario.it

Giurisprudenza

diretto da parte della stazione appaltante al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori «*[dell']importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi: a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa; b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore; c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente*» (artt. 105, tredicesimo comma, e 174, settimo comma, in tema di esecuzione delle concessioni, del codice del 2016).

2.- L'art. 108, terzo comma, codice del 2006, applicabile nella fattispecie, riconosceva dunque alla stazione appaltante la facoltà di inserire nel bando di gara, in alternativa al pagamento diretto in favore del subappaltatore, l'obbligo dell'appaltatore di trasmettere alla stazione appaltante le fatture quietanzate dei pagamenti effettuati al subappaltatore e, in mancanza, di sospendere il pagamento successivo in favore dell'appaltatore da parte della stazione appaltante.

Nella giurisprudenza della Corte, a partire dalla sentenza n. 3402 del 2012, nel caso in cui la stazione appaltante abbia disposto la sospensione del pagamento a favore dell'appaltatore, si è ritenuto che l'unico modo per sbloccare detta sospensione sia quello di riconoscere al credito del subappaltatore il beneficio della prededuzione, al fine di favorire il pagamento da parte della stazione appaltante e, di conseguenza, di incrementare l'attivo della massa fallimentare, nell'interesse dell'intero ceto creditorio. Secondo quest'orientamento, il meccanismo configurato dall'art. 118, terzo comma, determina una «*condizione di esigibilità*» del pagamento da parte della stazione appaltante anche in caso di sopravvenuto fallimento dell'appaltatore, con la conseguenza che il soddisfacimento del subappaltatore si pone quale momento imprescindibile, in quanto consente all'appaltatore



dirittobancario.it

(subappaltante) fallito di ottenere dalla stazione appaltante il pagamento del proprio credito. In questa prospettiva, la prededuzione è lo strumento che consente il soddisfacimento del credito del subappaltatore nei confronti dell'appaltatore fallito (senza dover attendere le operazioni di riparto in senso tecnico), in correlazione con l'interesse della massa a quel pagamento, utile e necessario per il conseguimento dello scopo della procedura.

Il principio enunciato dalla sentenza citata è dunque il seguente: «*Ai fini della prededucibilità dei crediti nel fallimento, il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura concorsuale, ora menzionato dall'art. 111 legge fall., va inteso non soltanto con riferimento al nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito, ancorché avente natura concorsuale, rientri negli interessi della massa e dunque risponda agli scopi della procedura stessa, in quanto utile alla gestione fallimentare. Invero, la prededuzione attua un meccanismo satisfattorio destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma anche tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono sugli interessi dell'intero ceto creditorio. (Nella specie, è stato ammesso in prededuzione il credito, sorto in periodo anteriore al fallimento, relativo al corrispettivo di un subappalto concluso con il gruppo della società fallita, cui le opere erano state appaltate da un ente pubblico, sussistendo il nesso di strumentalità tra il pagamento del credito del subappaltatore, da eseguire con detta preferenza e seppur a seguito di riparto, e la soddisfazione del credito della fallita, tenuto conto che il pagamento di quest'ultimo risulta sospeso, ai sensi dell'art. 118, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006, da parte della stazione appaltante, ed invece può essere adempiuto se consti il pagamento al predetto subappaltatore)*».



dirittobancario.it

Il suddetto orientamento (ribadito da Cass. n. 5705 del 2013) è stato precisato dalla giurisprudenza successiva che, da un lato, ha escluso «*che l'apertura di una procedura concorsuale determini in automatico il verificarsi della sospensione dei pagamenti*» – ed infatti il mancato pagamento all'appaltatore fallito è un «*fatto in sé stesso neutro*», poiché «*è la dichiarazione dell'Amministrazione* [appaltante] *ad avere carattere costitutivo*» – e, dall'altro, ha osservato che l'onere della prova dell'avvenuta sospensione ricade sul soggetto che invoca la sospensione, mentre «*toccherà poi al curatore la prova del fatto estintivo costituito dallo spontaneo pagamento da parte dell'Amministrazione*» (Cass. n. 3203 del 2019).

Si è anche chiarito che il principio enunciato nel precedente del 2012 (n. 3402) «*non va inteso* [...] *nel senso che un tal credito vada ammesso, sempre e comunque, in prededuzione (finendo per dar luogo ad una sorta di innominato privilegio) e ciò anche se la massa dei creditori non tragga alcuna concreta soddisfazione dall'esecuzione di quel pagamento (per il minor o nullo o incerto introito che a quel pagamento consegua). Al contrario, l'ammissione del credito del subappaltatore al passivo fallimentare in prededuzione potrà trovare riscontro solo se e in quanto esso comporti, per la procedura concorsuale, un sicuro ed indubbio vantaggio conseguente al pagamento del committente-P.A. il quale subordini il suo pagamento di una maggior somma alla quietanza del subappaltatore in ordine al proprio credito, ai sensi dell'art. 118, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006*»; e si è aggiunto che «*se sussiste effettivamente, in concreto, il beneficio per la massa dei creditori, la curatela non potrebbe che convergere con il creditore istante nel riconoscimento della sua posizione di vantaggio, al fine di estinguerlo proprio per fruire dei maggiori introiti a beneficio della massa creditoria*» (Cass. n. 3003 del 2016; conformi Cass. n. 2310 e n. 7392 del 2017).



dirittobancario.it

Giurisprudenza

Due ordinanze del 2017 (n. 15479 e n. 19615), pur seguendo l'indirizzo inaugurato nel 2012 e successivamente precisato, contengono tuttavia un significativo *obiter dictum*, mirante a mettere in discussione quel medesimo indirizzo, laddove affermano che «*il riconoscimento di una particolare tutela alle imprese subappaltatrici in appalti pubblici è indiscusso, ma attiene al loro rapporto con le imprese appaltatrici, non può incidere sugli interessi degli altri creditori concorsuali nel caso di fallimento di tali imprese. Sicché non può riconoscersi la prededuzione a un credito che non ha alcun rapporto né genetico né funzionale con la procedura concorsuale*».

3.- Il contrasto si è manifestato nella sentenza n. 33350 del 2018, il cui principio di diritto è stato così massimato: «*In caso di fallimento dell'appaltatore di opera pubblica, il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale come tutti gli altri, nel rispetto della par condicio creditorum e dell'ordine delle cause di prelazione, non essendo il suo credito espressamente qualificato prededucibile da una norma di legge, né potendosi considerare sorto in funzione della procedura concorsuale, ai sensi dell'art. 111, comma 2, legge fall.; invero, il meccanismo ex art. 118, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 – riguardante la sospensione dei pagamenti della stazione appaltante in favore dell'appaltatore, in attesa delle fatture dei pagamenti di quest'ultimo al subappaltatore – deve ritenersi, alla luce della successiva evoluzione della normativa di settore, calibrato sull'ipotesi di un rapporto di appalto in corso con un'impresa in bonis, in funzione dell'interesse pubblico primario al regolare e tempestivo completamento dell'opera, nonché al controllo della sua corretta esecuzione, e solo indirettamente a tutela anche del subappaltatore, quale contraente "debole", sicché detto meccanismo non ha ragion d'essere nel momento in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto di opera pubblica si scioglie*».



dirittobancario.it

Giurisprudenza

Le ragioni poste a base del suddetto orientamento che nega la prededucibilità del credito del subappaltatore sono così sintetizzabili:

a) in primo luogo, l'interesse sinallagmatico della stazione appaltante alla tempestiva e regolare esecuzione dell'opera da parte dell'appaltatore-affidatario (fallito) viene meno con lo scioglimento del vincolo contrattuale dell'appalto e, di riflesso, del subappalto; di conseguenza, viene meno anche la «*condizione di esigibilità*» del credito dell'appaltatore nei confronti della stazione appaltante, dissolvendosi la ragione giustificativa del meccanismo della sospensione del pagamento che serve per garantire alla stazione appaltante la regolare esecuzione delle opere appaltate, nei tempi stabiliti e nella correttezza del risultato, tuttavia non più realizzabile per effetto di quello scioglimento; pertanto, la soddisfazione del credito del subappaltatore (comunque non realizzabile con la sola ammissione al passivo in prededuzione, ma con il pagamento in sede di riparto) non vale ad attribuire all'appaltatore fallito la possibilità di conseguire dalla stazione appaltante il maggior credito spettantegli;

b) in secondo luogo, le modifiche ed integrazioni dell'art. 118 del codice del 2006, operate dall'art. 13, decimo comma, lett. a)-b), del d.l. n. 145 del 2013, convertito in legge n. 9 del 2014, conforterebbero le suindicate conclusioni, poiché il pagamento al subappaltatore costituisce «*condizione di esigibilità*» del (maggior) credito verso la stazione appaltante unicamente quando l'appaltatore sia *in bonis* e per il quale, dunque, il vincolo contrattuale di appalto persista; ciò sarebbe indirettamente dimostrato dal fatto che la stazione appaltante può provvedere al pagamento diretto in presenza di crisi di liquidità (e non già di insolvenza) dell'appaltatore-affidatario e, analogamente, «*anche per i contratti di appalto in corso, nella pendenza di procedura di concordato preventivo in continuità aziendale*»;



dirittobancario.it

Giurisprudenza

c) in terzo luogo, diversamente dall'opposto orientamento, il nesso di funzionalità del credito rispetto alla procedura concorsuale, ai fini della prededuzione (art. 111, secondo comma, legge fall.), dovrebbe essere apprezzato in senso stretto sulla base di una valutazione *ex ante* e avendo riguardo al momento genetico del credito, indipendentemente dall'eventuale vantaggio per la massa che si determini *ex post*.

4.- Alle argomentazioni sviluppate nella sentenza n. 33350 del 2018 l'ordinanza di rimessione ha mosso le seguenti obiezioni:

a) l'argomento che fa leva sullo scioglimento, *ex nunc*, del contratto di appalto, per effetto del fallimento dell'appaltatore, non terrebbe debitamente conto della circostanza che se il contratto di appalto contiene una condizione di esigibilità implicata dal bando (quale quella prevista dall'art. 118, terzo comma, del codice del 2006), il sopravvenuto scioglimento del vincolo contrattuale non escluderebbe, automaticamente, la possibilità della stazione appaltante di avvalersi della corrispondente clausola di fronte alla pretesa creditoria dell'appaltatore relativa a prestazioni eseguite in adempimento degli obblighi contrattuali;

b) l'argomento che fa leva sul difetto di interesse ad opporre la predetta condizione di esigibilità nel caso di fallimento dell'appaltatore non terrebbe conto del fatto che la stazione appaltante, in armonia con le «*linee guida*» tracciate dall'A.N.A.C. (nel parere AG 26/12 del 7 marzo 2013) ed equiparabili ad atti amministrativi generali, resta pur sempre libera di opporla all'appaltatore, finanche se fallito, esercitando in tal modo un potere discrezionale di autotutela che consiste nella mediazione tra interessi (pubblici e privati) potenzialmente confliggenti, la ponderazione dei quali è affidata alla sola amministrazione;

c) l'argomento che fa leva sul venir meno dell'interesse della stazione appaltante all'esecuzione dell'opera, a seguito del fallimento



dirittobancario.it

Giurisprudenza

dell'appaltatore, non terrebbe conto che a venire in rilievo sarebbe piuttosto l'interesse oggettivo, rilevante nell'ottica comunitaria, di favorire le piccole e medie imprese, al fine di proteggere anche e proprio il subappaltatore, parte debole del rapporto. Ed infatti, «*ove dal contratto non fosse consentito il pagamento diretto da parte della stazione appaltante, la tutela del subappaltatore – che è l'operatore economico piccolo o medio che pur ha realizzato (o concorso a realizzare) l'opera pubblica nel contesto di mercato appena detto – non potrebbe trovare altro presidio che nell'art. 111 legge fall., poiché altrimenti il suo credito resterebbe soggetto alla falcidia fallimentare*»;

d) il comma 3 bis dell'art. 118 del codice del 2006, introdotto dal d.l. n. 145 del 2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 9 del 2014, riferendosi segnatamente alle imprese appaltatrici in concordato preventivo con continuità aziendale, non varrebbe a giustificare la conclusione secondo cui il terzo comma della suindicata disposizione normativa riguarderebbe unicamente l'appalto di opere pubbliche in corso con imprese *in bonis* e non escluderebbe che nelle situazioni di «*insolvenza*» in senso proprio dell'affidatario continui ad operare il dettato del terzo comma del suindicato art. 118.

5.- Il Collegio ritiene di dare continuità all'orientamento espresso da Cass. n. 33350 del 2018, con le precisazioni che saranno di seguito illustrate.

5.1.- L'argomento fatto proprio nel decreto impugnato (richiamato sub 3-b) che fa leva sulle modifiche normative introdotte nel 2013 è utilizzato nella sentenza del 2018 in chiave di interpretazione sistematica-evolutiva del precedente testo di legge, per la conferma della soluzione seguita (o da seguire) sulla base di argomenti diversi, piuttosto che come effettiva e decisiva *ratio decidendi*. L'obiezione (di cui si è dato conto sub 4-d) sviluppata al riguardo nell'ordinanza di



dirittobancario.it

Giurisprudenza

rimessione non è dunque decisiva, pur essendo condivisibile. Ed infatti, la modifica del 2013 ha introdotto due regole, contenute nell'integrazione del terzo comma dell'art. 118 del codice del 2006 e nell'inserimento del comma 3 bis, che pur riferendosi a specifiche situazioni di imprese in crisi (*in bonis*) non rivelano alcuna relazione combinatoria o di alternatività rispetto alla fattispecie disciplinata dal precedente testo del terzo comma, di cui non può escludersi, in astratto, l'applicazione ad altre situazioni di squilibrio e/o dissesto dell'appaltatore-affidatario, comprese quelle di insolvenza.

5.2.- L'argomento richiamato in senso critico nell'ordinanza di rimessione (sub 4-c), che fa leva sulla tutela a livello comunitario dei subappaltatori (*cfr.* direttiva 2014/24/UE), quali espressione delle piccole e medie imprese (PMI), coglie il profilo, indubbiamente rilevante, del nesso intrinseco, e non occasionale, tra «*l'interesse pubblico primario al regolare e tempestivo completamento dell'opera*» e la tutela dei subappaltatori, i quali sono in condizione di portare a compimento l'esecuzione delle opere solo se vedono i loro crediti soddisfatti, risultando dunque impropria la configurazione del suddetto interesse pubblico, operata nella sentenza del 2018, in termini di contrapposizione all'interesse del subappaltatore come soggetto tutelato «*solo indirettamente* [...] *quale contraente più debole*».

Si deve peraltro rilevare che le ragioni di tutela dei crediti dei subappaltatori non possono di per sé giustificare deroghe, in via giurisprudenziale, al principio della *par condicio*, restando il subappaltatore che abbia adempiuto le sue prestazioni in favore del debitore *in bonis* pur sempre un creditore concorsuale come gli altri, «*salve le cause legittime di prelazione*» (art. 2741 c.c.) che spetta al legislatore introdurre e disciplinare secondo l'ordine previsto dagli artt. 2777 ss. c.c., se non si vuole introdurre disparità di trattamento



dirittobancario.it

Giurisprudenza

tra i subappaltatori di opere pubbliche e quelli di opere private, pur essi costituiti da piccole e medie imprese.

L'argomento evidenziato anche dall'A.N.A.C. nel citato parere del 2013, secondo cui l'istituto della prededuzione «*appare l'unico rimedio per soddisfare il credito degli operatori economici che hanno materialmente realizzato l'opera pubblica*», non è dunque decisivo per riconoscere una particolare preferenza al credito del subappaltatore, sino al punto di assicurargli un privilegio innominato. L'esigenza di tutela del subappaltatore non è incondizionata, com'è dimostrato anche dal fatto che il pagamento diretto da parte della stazione appaltante è considerato anomalo (e quindi revocabile ex art. 67 legge fall.) se effettuato con denaro che sarebbe destinato all'appaltatore fallito (Cass. n. 25928 del 2015; in senso diverso Cass. n. 506 del 2016, nell'ipotesi in cui ricorra una clausola del capitolato generale d'appalto che impegni il committente a corrispondere ai subappaltatori l'importo dei lavori eseguiti per l'ipotesi, poi verificatasi, di inadempienza dell'appaltatore fallito).

Del resto, nel contesto normativo attuale la tutela del subappaltatore è realizzata mediante il pagamento diretto da parte della stazione appaltante (art. 71, terzo comma, della direttiva 2014/24/UE), alle condizioni previste dalla legge (art. 105 del codice del 2016), e non mediante il meccanismo, contemplato nell'art. 118 del codice del 2006, della sospensione del pagamento successivo in favore dell'appaltatore che non trasmetta le fatture quietanzate del subappaltatore nel termine di legge.

5.3.- La tesi che attribuisce natura prededucibile al credito del subappaltatore fa leva – come si è detto – sull'esercizio eventuale del potere (di autotutela) della stazione appaltante, previsto dal bando di gara a norma dell'art. 118, comma terzo, codice del 2006, di avvalersi di detta sospensione nei confronti dell'appaltatore: di qui la configurazione, da un lato, del pagamento del credito del



dirittobancario.it

subappaltatore come «*condizione di esigibilità*» del credito verso la stazione appaltante e, dall'altro, del pagamento del credito del subappaltatore, in caso di fallimento dell'appaltatore, come funzionale agli interessi della procedura che ne giustificherebbe la trasformazione in credito prededucibile.

Il nucleo essenziale del percorso argomentativo sviluppato dalla sentenza n. 33350 del 2018 – prescindendo da argomenti di contorno, come quello che fa leva sulle modifiche normative del 2013 (di cui si è dato conto sub 5.1) e sulle rilevate aporie inerenti al modo di operare della prededucibilità, le quali invero potrebbero essere contestate all'istituto della prededuzione in sé, piuttosto che alle modalità applicative dello stesso nella vicenda in esame – si incentra sul rilievo che il meccanismo della sospensione dei pagamenti della stazione appaltante in favore dell'appaltatore, in attesa delle fatture dei pagamenti di quest'ultimo al subappaltatore, debba ritenersi calibrato sull'ipotesi di un rapporto di appalto in corso con un'impresa «*in bonis*», venendo meno a seguito del fallimento dell'appaltatore l'interesse sinallagmatico della stazione appaltante all'esecuzione dell'opera.

Se è vero peraltro 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. Questo postulato non è tuttavia condivisibile.

E' certo che la prededuzione è predicabile, in astratto, solo nel caso in cui la stazione appaltante sia in condizione di esercitare in concreto il suddetto potere di sospendere i pagamenti con effetto



dirittobancario.it

incondizionato, poiché se il suddetto potere non venisse esercitato oppure non fosse suscettibile di produrre in concreto effetti paralizzanti nei confronti dell'appaltatore, non vi sarebbe ragione di favorire il pagamento del credito del subappaltatore che non recherebbe alcun vantaggio alla massa fallimentare.

Ciò induce a chiedersi se, a seguito del fallimento dell'appaltatore, la stazione appaltante possa esercitare il suddetto potere e continuare ad opporre la sospensione del pagamento all'appaltatore fallito e, dunque, al curatore e, di conseguenza, se il curatore sia legittimato ad agire nei confronti della stazione appaltante per pretendere il pagamento dovuto.

La sospensione del pagamento, in quanto prevista dalla legge (art. 118, terzo comma, codice del 2006), si traduce in concreto in una eccezione di inadempimento che la stazione appaltante è legittimata ad opporre all'appaltatore (inadempiente all'obbligo di dimostrare il pagamento al subappaltatore). La proponibilità della suddetta eccezione postula, tuttavia, che il rapporto contrattuale sia in corso, poiché è solo nella fase esecutiva del rapporto in essere che è consentito alle parti far valere reciprocamente adempimenti e inadempimenti contrattuali.

A seguito del fallimento che rende il contratto di appalto, anche di opera pubblica, inefficace «*ex nunc*» e, dunque, non più eseguibile (*arg.* ex art. 72, primo comma, legge fall.), al curatore spetta il corrispettivo dovuto per le prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento; la stazione appaltante può rifiutare il pagamento delle opere ineseguite o eseguite non a regola d'arte, ma non può invocare la disciplina prevista dall'art. 1460 c.c., in tema di eccezione di inadempimento, la quale, implicando la sospensione della prestazione della parte non inadempiente, presuppone un contratto non ancora sciolto e quindi eseguibile (*cfr.* Cass. n. 4616 del 2015; *cfr.* n. 23810 del 2015).



dirittobancario.it

L'eccezione d'inadempimento, che consente la sospensione della prestazione della parte non inadempiente, in presenza di inadempimento della controparte, configura uno strumento accordato alla parte che voglia salvaguardare i propri interessi, nella prospettiva della esecuzione (e dunque conservazione) del contratto, alla quale l'eccezione serve appunto di stimolo (*cfr.* Cass. n. 2923 del 1986). Una volta che il contratto si sia sciolto, per qualsiasi causa e, quindi, anche per il fallimento, l'art. 1460 c.c. non può essere invocato e trovano, invece, applicazione le norme che disciplinano gli effetti dello scioglimento.

Il curatore, che ha «*l'amministrazione del patrimonio fallimentare*» (art. 31 legge fall.), ha l'onere imprescindibile di attivare ogni iniziativa utile alla procedura diretta al recupero dell'attivo fallimentare, e quindi anche del corrispettivo del contratto di appalto, al fine di soddisfare la massa dei creditori nel miglior modo possibile.

E qualora si ipotizzasse, in senso contrario, che la stazione appaltante sia legittimata ad opporre al curatore (che agisca in giudizio per ottenere il pagamento di quanto dovuto) le eccezioni che avrebbe potuto opporre all'appaltatore fallito, compresa quella di sospensione del pagamento, risulterebbe confermato che, nel caso di fallimento, la sospensione non potrebbe operare incondizionatamente, ma dovrebbe assumere le vesti di una eccezione (di inadempimento) comunque rimessa a una valutazione giudiziale che tenga conto anche delle contestazioni dell'appaltatore circa la regolarità dei lavori eseguiti dal subappaltatore (*cfr.* l'art. 170, settimo comma, del dPR 5 ottobre 2010, n. 207, regolamento di attuazione del codice del 2006, abrogato dal codice del 2016, art. 217). E ciò diversamente da quanto accade nel caso in cui l'appaltatore sia *in bonis*, quando la sospensione costituisce oggetto di un potere unilaterale del committente.



dirittobancario.it

Giurisprudenza

Le obiezioni sviluppate nell'ordinanza di rimessione (di cui si è dato conto sub 4-a, 4-b) sono dunque superate.

Non è necessario soffermarsi sulla questione (sub 3-c) inerente alla configurazione della prededuzione di tipo funzionale, la quale nella vicenda in esame non potrebbe comunque operare, in mancanza del nesso strutturale con il meccanismo della sospensione dei pagamenti da parte della stazione appaltante, delineato nel terzo comma dell'art. 118 del codice appalti 2006, che è destinato ad operare unicamente in presenza di una persistente efficacia del contratto di appalto e, quindi, nel caso in cui l'appaltatore sia *in bonis*.

6.- In conclusione, il ricorso è infondato e quindi rigettato, alla luce del principio secondo cui, *in caso di fallimento dell'appaltatore di opera pubblica, il meccanismo delineato dall'art. 118, terzo comma, del d.lgs. n. 163 del 2006 – che consente alla stazione appaltante di sospendere i pagamenti in favore dell'appaltatore, in attesa delle fatture dei pagamenti effettuati da quest'ultimo al subappaltatore – deve ritenersi riferito all'ipotesi in cui il rapporto di appalto sia in corso con un'impresa in bonis e, dunque, non è applicabile nel caso in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto si scioglie; ne consegue che al curatore è dovuto dalla stazione appaltante il corrispettivo delle prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto e che il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale dell'appaltatore come gli altri, da soddisfare nel rispetto della par condicio creditorum e dell'ordine delle cause di prelazione.*

7.- Le spese sono compensate, in considerazione della complessità della questione trattata, testimoniata dall'esistenza di divergenti orientamenti interpretativi in materia.

**P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso, compensa le spese.



dirittobancario.it

Dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater*, del dPR n. 115 del 2002, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in misura pari a quello, ove dovuto, per il ricorso, a norma del comma 1 *bis* dello stesso art. 13.

Roma, 14 gennaio 2020

Copyright dirittobancario.it