

Civile Ord. Sez. 1 Num. 19877 Anno 2019
Presidente: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO
Relatore: PAZZI ALBERTO
Data pubblicazione: 23/07/2019

sul ricorso n. 20755/2015 proposto da:

Masè Termoimpianti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, Via Varrone n. 9, presso lo studio dell'Avvocato Francesco Vannicelli, che la rappresenta e difende unitamente agli Avvocati Alessandra Carlin e Antonio Tita giusta procura a margine del ricorso;

- *ricorrente* -

contro

Fallimento Lea Costruzioni S.r.l., in persona del Curatore Avv. Alessandro Smolei, elettivamente domiciliato in Roma, Circonvallazione Clodia n. 29, presso lo studio dell'Avvocato Barbara Piccini, rappresentato e difeso dall'Avvocato Bruno Mellarini giusta procura in calce al controricorso;

- *controricorrente* -

O.L.
1814
2019

1
Pazzi

avverso l'ordinanza del TRIBUNALE di BOLZANO del 25/6/2015;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
4/6/2019 dal cons. PAZZI ALBERTO;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale DE
MATTEIS STANISLAO che si riporta alle osservazioni scritte già
depositate e conclude per il rigetto del ricorso;
udito, per il controricorrente, l'Avvocato Barbara Piccini, con delega,
che ha chiesto il rigetto.

FATTI DI CAUSA

1. Il giudice delegato al fallimento di Lea Costruzioni s.r.l. ammetteva al passivo della procedura i crediti vantati da Masè Termoimpianti s.r.l. in sede chirografaria, respingendo la richiesta di collocazione in prededuzione avanzata dalla società e operando una parziale compensazione con alcune fatture emesse dalla fallita.

2. Masè Termoimpianti s.r.l., nel proporre opposizione avverso il decreto di ammissione, criticava, da un lato, l'erronea qualificazione dei propri crediti come chirografari, in quanto il credito del subappaltatore ex art. 118 d. lgs. 163/2006 era funzionale agli interessi della procedura dell'appaltatore fallito e per l'effetto doveva essere collocato in prededuzione, in quanto utile e necessario per il conseguimento dello scopo della procedura concorsuale, dall'altro la compensazione effettuata con un credito della fallita insussistente e contestato.

Il Tribunale di Bolzano, con decreto del 25 giugno 2015, rigettava l'opposizione in ordine alla richiesta di riconoscimento della prededuzione, ritenendo che a ciò non fosse sufficiente il fatto che il credito derivasse da contratti di subappalto stipulati con la fallita in



occasione di appalti pubblici; nel contempo il collegio di merito rimetteva la causa in lettura per istruire il secondo motivo di opposizione, concernente la compensazione operata dal giudice delegato.

3. Per la cassazione di tale decreto, con cui è stata decisa la sola domanda relativa al riconoscimento della prededuzione, ha proposto ricorso Masè Termoimpianti s.r.l. prospettando un unico motivo di doglianza, al quale ha resistito con controricorso il fallimento di Lea Costruzioni s.r.l..

Il Procuratore Generale ha depositato requisitoria scritta sollecitando il rigetto del ricorso.

Parte controricorrente ha depositato memoria ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ..

RAGIONI DELLA DECISIONE

4. E' opportuno preliminarmente rilevare ammissibilità del ricorso presentato, malgrado lo stesso sia rivolto a un provvedimento che assume le insolite vesti di decreto non definitivo pronunciato dal Tribunale ex art. 99 legge fall..

Il tenore letterale della norma – laddove, dopo aver precisato, al comma 11, che “il collegio provvede in via definitiva sull’opposizione”, stabilisce, al capoverso successivo, che “il decreto è comunicato dalla cancelleria alle parti che, nei successivi trenta giorni, possono proporre ricorso per cassazione” – non pare a questo collegio di per sé sufficiente a ravvisare una esplicita deroga alla disciplina generale in materia, dando modo di ritenere che il ricorso per cassazione previsto dall’ultimo comma dell’art. 99 si riferisca al solo provvedimento subito prima



evocato, con la conseguente ammissibilità dell'impugnazione unicamente avverso la decisione definitiva sull'opposizione.

La fattispecie rimane perciò regolata dalla disciplina generale dell'art. 361 cod. proc. civ., secondo cui avverso la decisione che provvede su una o alcune domande senza definire l'intero giudizio la parte soccombente, ove non si riservi l'impugnazione all'esito definitivo della controversia, può subito presentare ricorso per cassazione.

Il decreto parziale impugnato contiene una decisione su una domanda di natura processuale (costituita dalla richiesta di collocazione del credito in prededuzione) e, come tale, risulta impugnabile di fronte a questa Corte.

5. Il motivo di ricorso presentato denuncia la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 111, ultimo comma, legge fall. in relazione al riconoscimento del vincolo pubblicistico della sospensione dei pagamenti di cui all'art. 118, comma 3, d. lgs. 163/2006 nonché l'errata interpretazione del combinato disposto delle due norme da parte del giudice di merito: in tesi di parte ricorrente il collegio dell'opposizione, in coerenza con i principi di diritto già fissati da questa Corte (Cass. 3402/2012), avrebbe dovuto riconoscere la prededuzione ai crediti del subappaltatore nell'ambito di un appalto pubblico, in quanto il suo pagamento attuerebbe un meccanismo soddisfacente nell'interesse di tutto il ceto dei creditori, consentendo alla procedura fallimentare dell'appaltatore di presentare alla stazione appaltante la quietanza di pagamento necessaria per recuperare quanto da quest'ultima dovuto.

Ad avviso del collegio è opportuno che sulla questione si pronuncino le sezioni unite, essendo insorto un contrasto nella giurisprudenza della sezione a proposito del nesso corrente tra l'istituto fallimentare e il disposto dell'art. 118, terzo comma, del d.lgs. n. 163 del 2006.

5.1 Vale premettere che l'art. 118, terzo comma, del d.lgs. n. 163 del 2006, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17-CE e 2004/18-CE, abrogato dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ma nella specie ancora applicabile *ratione temporis*, ha previsto che nel bando di gara la stazione appaltante debba indicare *"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"*.

Nella suddetta alternativa (pagamento diretto o trasmissione di fatture con la quietanza dell'appaltatore affidatario) ha aggiunto che *"qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari"*; viceversa, nel caso di pagamento diretto, è stabilito che *"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"*.

Sempre in base al citato terzo comma, *"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".

5.2 Ciò stante, ove sopravvenga il fallimento dell'appaltatore e vi sia stato il subappalto si pone la necessità di coordinare tale dato normativo col principio di cui all'art. 111, ultimo comma, legge fall., secondo il quale *"sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali"*.

Giova qui precisare che circa la prededucibilità dei crediti sorti *"in occasione o in funzione"* delle procedure concorsuali l'art. 111 individua questi ultimi sulla base ancora una volta di alternativi criteri, cronologico e teleologico (v. tra le altre Cass. n. 25589-15, Cass. n. 24791-16, Cass. n. 18488-18); e in particolare che l'utilizzo nel medesimo comma dell'art. 111 della proposizione congiuntiva "e", quanto al raccordo tra i due predetti criteri e quello, pure esplicitamente stabilito, della qualificazione del credito come prededucibile in base a *"specifica disposizione"*, postula che siano tre le tipologie di crediti caratterizzati da prededucazione: (a) quelli così classificati da una espressa previsione, (b) quelli sorti in occasione di una procedura concorsuale, (c) quelli sorti in funzione di essa (da ultimo, Cass. n. 14713-19).

5.3 Giustappunto nella dianzi indicata ultima prospettiva funzionale, la sezione ha osservato che l'art. 118, terzo comma, del d.lgs. n. 163 del 2006 determina una condizione di esigibilità del pagamento anche in caso di sopravvenuto fallimento dell'appaltatore.



Cosicché il soddisfacimento del subappaltatore diviene essenziale al fine di consentire all'appaltatore (fallito) di ottenere il pagamento del proprio credito.

In tal guisa si è ritenuto che, ai fini della prededucibilità dei crediti nel fallimento, il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura concorsuale (art. 111 legge fall.) debba essere inteso non soltanto con riferimento al nesso genetico, 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. E questo perché la prededuzione attua un meccanismo soddisfacente destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma anche tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare e influiscono sugli interessi dell'intero ceto creditorio (Cass. n. 3402-12).

L'orientamento è stato confermato da Cass. n. 5703-13, ed è stato poi affinato dalla considerazione che, peraltro, il credito del subappaltatore può beneficiare della prededuzione solo se e in quanto comporti, per la procedura concorsuale, un sicuro e indubbio vantaggio conseguente al pagamento del committente, il quale, secondo l'alternativa all'inizio menzionata, abbia subordinato il suo pagamento di una maggior somma alla quietanza del subappaltatore in ordine al proprio credito (cfr. Cass. n. 3003-16 e Cass. n. 7392-17).

5.4 Tale costruzione non ha convinto una parte della giurisprudenza di merito, essendosi posto in dubbio che in effetti la condizione di esigibilità del credito dell'appaltatore nei confronti della stazione

appaltante, stabilita dall'art. 118, terzo comma, del d.lgs. cit., possa rilevare in caso di fallimento.

La critica è stata incentrata essenzialmente su due rilievi: (i) il primo avente base nella previsione del pagamento diretto del subappaltatore da parte della stazione appaltante *"ove ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario"*; (ii) il secondo incentrato sull'introduzione nell'art. 118 (da parte del d.l. 23 dicembre 2013 n. 145, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2014, n. 9) del comma 3-bis, a tenore del quale - *"nella pendenza di procedura di concordato preventivo con continuità aziendale"* - *"è sempre consentito alla stazione appaltante, anche per i contratti di appalto in corso, (...) 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 del tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura"*.

Si è così paventata la tesi che la disposizione di cui al terzo comma abbia il distinto fine di regolare i rapporti tra soggetti *in bonis*, non tenuti al rispetto delle regole concorsuali, visto che il fallimento dell'appaltatore determina lo scioglimento del contratto di appalto pubblico e il venir meno di qualsiasi obbligazione della stazione appaltante verso il subappaltatore.

5.5 Occorre osservare che un'eco di simile contraria ricostruzione si è avuta (ben vero) anche in alcune decisioni di questa Corte, che pur formalmente non si sono discostate dall'orientamento prevalente come integrato dalle sentenze n. 3003 del 2016 e n. 7392 del 2017.

In particolare vanno citate Cass. n. 15479 del 2017 e Cass. n. 19615 del 2017, sostanzialmente identiche.

Queste decisioni, sebbene mantenendo nella concreta fattispecie il principio secondo cui l'ammissione del credito del subappaltatore al passivo fallimentare in prededuzione può trovare riscontro solo se e in quanto comporti, per la procedura concorsuale, un sicuro e indubbio vantaggio consistente nel pagamento di una maggior somma da parte del committente P.A., la quale subordini tale pagamento alla quietanza del subappaltatore in ordine al proprio credito ai sensi dell'art. 118, terzo comma, d.lgs. n. 163 del 2006; e sebbene mantenendo la necessità di una conforme allegazione, da parte del subappaltatore-creditore, della effettiva e concreta funzionalità del pagamento alla procedura concorsuale; sebbene così facendo, hanno però anche considerato (*in obiter dictum*) che i distinti argomenti – ivi esposti nel controricorso – sarebbero stati "idonei a rimettere in discussione il precedente del 2012". Difatti – hanno aggiunto – "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".

Per cui in sostanza quelle decisioni hanno infine ipotizzato l'impossibilità di riconoscere la prededuzione "a un credito che non ha alcun rapporto né genetico né funzionale con la procedura concorsuale".

5.6 Va subito sottolineato che, in verità, il riferimento alla necessità di un nesso genetico (oltre che funzionale) tra il credito e la procedura ai fini della prededuzione non è attendibile, poiché la prededuzione non indica una qualità del credito ma una modalità di pagamento.

L'effetto premiale della prededuzione non è legato alla caratteristica del credito (connaturata alla sua genesi e alla sua natura, come se si trattasse di un privilegio), quanto piuttosto (e soltanto) al nesso di funzionalità con gli interessi della massa.

A ogni modo è un fatto che il contrasto di giurisprudenza, ancora latente in base ai riferiti assunti, si è infine palesato con la successiva sentenza n. 33350 del 2018.

Riprendendo gli argomenti sopra sintetizzati, tale sentenza ha affermato il seguente principio: "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, secondo comma, legge fall.; invero, il meccanismo ex art. 118, terzo comma, 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".

A fronte della massima estratta è bene sottolineare che la sentenza ha esplicitato altresì un rilievo ulteriore: quello per cui, una volta



sciolto il contratto d'appalto, verrebbe meno altresì l'interesse dell'appaltatore alla prosecuzione del rapporto, al quale interesse sarebbe strumentale la facoltà di sospendere i pagamenti.

6. Può quindi in conclusione osservarsi che, nel riferito senso, il tema postula una scelta interpretativa in ordine alle implicazioni sottese alle dianzi considerate previsioni, sulla quale la giurisprudenza della sezione non appare suscettibile di esser composta al proprio interno.

E' dunque opportuno trasmettere gli atti al Primo presidente affinché valuti se rimettere la questione alle sezioni unite.

In termini sintetici, la questione resta ancorata al seguente interrogativo: 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 d.lgs. n. 163 del 2006, il curatore, che voglia incrementare l'attivo, debba subire o meno, sul piano della concreta funzionalità rispetto agli interessi della massa, la prededuzione del subappaltatore.

P.Q.M.

La Corte dispone rimettersi gli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle sezioni unite.