

RIFLESSIONI SUL TEMA DELLA PREDEDUCIBILITÀ DEI CREDITI DEI SUBAPPALTATORI IN ATTESA DELLE SEZIONI UNITE.

di

ADRIANA GRANZIERO

Sommario: I. La fattispecie oggetto dell'ordinanza in esame. – II. Gli opposti orientamenti della giurisprudenza di Legittimità e di merito. – III. Il revirement della Corte di Cassazione: la sentenza 33350/2018. – IV. L'ordinanza di rimessione degli atti al Primo Presidente della Corte di Cassazione. – V. Considerazioni sull'ordinanza di rimessione. – VI. Spunti di riflessione in materia di concordato preventivo.

I. LA FATTISPECIE OGGETTO DELL'ORDINANZA IN ESAME.

La crisi economica che ha colpito il settore delle costruzioni negli anni più recenti, coinvolgendo anche alcuni dei maggiori *general contractors* italiani, ha fatto emergere significativi problemi di coordinamento tra la normativa in materia di appalti e la disciplina fallimentare.

Uno di questi attiene alla individuazione della corretta modalità di soddisfacimento (in chirografo ovvero in prededuzione) del credito vantato dai subappaltatori nei confronti dell'appaltatore fallito e maturato nell'ambito di un contratto di appalto pubblico, in considerazione del disposto dell'art. 118, comma 3, D.Lgs. 163/2006¹, che subordina

¹ Si riportano di seguito i commi dell'art. 118, D.Lgs. 163/2006 che rilevano ai fini della presente analisi, nella loro ultima formulazione: “3. *Nel bando di gara la stazione appaltante indica che*

l'esigibilità del credito dell'appaltatore per lavori eseguiti, all'esibizione delle fatture quietanzate dei subappaltatori di cui lo stesso si è avvalso.

L'ordinanza in esame è stata emessa nell'ambito di un procedimento di opposizione allo stato passivo promosso da un subappaltatore che ha chiesto che venisse riconosciuta la prededuzione al proprio credito, invocando il disposto della citata norma per sostenere che il pagamento di detto credito sarebbe funzionale alle esigenze della procedura fallimentare, in quanto consentirebbe all'appaltatore di incassare i corrispettivi dovuti dalla Stazione Appaltante.

II. GLI OPPOSTI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ E DI MERITO.

La questione è di frequente sottoposta al vaglio degli Organi Giudicanti, sia da parte dei subappaltatori che formulino istanza di insinuazione al passivo dell'appaltatore fallito

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 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. 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 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, nonché al subappaltatore o al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite.

3-bis. 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 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, dai subappaltatori e dai cottimisti, secondo le determinazioni presso il Tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura”.

(com'è accaduto nel caso in esame), sia da parte delle Stazioni Appaltanti che eccepiscano, nei confronti del Fallimento che abbia agito per ottenere il pagamento dei crediti dell'appaltatore fallito, la mancata esibizione delle fatture quietanzate dei subappaltatori; numerosi sono, quindi, i provvedimenti sul tema.

La prima pronuncia della Corte di Cassazione a riguardo è la nota sentenza n. 3402/2012, in cui è stato affermato che i crediti dei subappaltatori sarebbero 'funzionali' agli interessi della procedura e, pertanto, prededucibili ai sensi dell'art. 111 l.f. in quanto il pagamento integrale degli stessi garantirebbe all'appaltatore la possibilità di incassare i corrispettivi accertati nei SAL emessi nell'esecuzione dei lavori.

Detto principio di diritto è stato ribadito dalla Corte di Cassazione nelle sentenze n. 3303/2016, 7392/2017 e 15479/2017, 19615/2017, 3203/2019, in cui è stato, inoltre, precisato che la prededuzione va riconosciuta esclusivamente nelle ipotesi in cui la Stazione Appaltante abbia concretamente eccepito l'inesigibilità del credito dell'appaltatore.

L'orientamento della Giurisprudenza di Legittimità è stato disatteso dai Tribunali, che hanno pressoché unanimemente² escluso l'operatività dell'art. 118, comma 3, D.Lgs. 163/2006 in caso di fallimento dell'appaltatore, rilevando il difetto di coordinamento tra le discipline in questione e ritenendo che *“in presenza di fallimento prevalgono i principi cardine che regolano lo svolgimento della procedura fallimentare nel suo insieme, anche con riferimento alle tutele che tale procedura offre (insinuazione di tutti i crediti nello stato passivo, possibilità di opposizioni, possibilità di impugnazioni, ecc.). Diversamente verrebbe leso non solo il fondamentale principio della par condicio creditorum, che ispira la normativa concorsuale, ma anche l'altrettanto fondamentale principio, secondo cui tutti i pagamenti devono essere effettuati nell'ambito della procedura concorsuale in osservanza dei privilegi di legge e delle norme sulla prededuzione. Pertanto un meccanismo come quello dettato dall'art. 118, comma 3, che condizionerebbe la procedura stessa all'obbligo della presentazione delle quietanze dei*

² Le uniche sentenze di merito (edite) che hanno dimostrato di condividere l'orientamento della Giurisprudenza di Legittimità risultano essere le seguenti: Tribunale di Como, 11 giugno 2015 in www.ilcaso.it; Tribunale di Arezzo, 4 ottobre 2017 in www.avvocatoaldovalentini.it; Tribunale di Ravenna 26 marzo 2014 e 19 agosto 2014, entrambe in www.ilcaso.it.

subappaltatori preventivamente al pagamento di quanto dovuto alla procedura dalla stazione appaltante, sarebbe in totale contrasto con i suddetti principi e le garanzie della procedura fallimentare”³.

La sentenza appena citata, ‘apripista’ dell’orientamento della giurisprudenza di merito che ritiene che il credito dei subappaltatori vada soddisfatto in via chirografaria, ha posto l’accento sulle problematiche applicative che deriverebbero dal riconoscimento della prededuzione, rilevando, in particolare, che:

- a) l’ammissione del credito in prededuzione non sarebbe di per sé sufficiente ad integrare la condizione di esigibilità e, quindi, a consentire lo svincolo dei crediti dell’appaltatore, essendo necessario attendere il pagamento in esito ai riparti che, peraltro, potrebbero non prevedere il soddisfacimento integrale dei suddetti crediti per carenza di attivo;
- b) i crediti dei subappaltatori potrebbero essere superiori per ammontare a quelli vantati dall’appaltatore nei confronti della Stazione Appaltante, cosicché il pagamento integrale degli stessi potrebbe non comportare alcun vantaggio per la procedura.

Secondo il Tribunale, si tratterebbe di ipotesi che trovano frequente riscontro nella prassi e che appaiono tali da contraddire il fulcro del percorso argomentativo della Corte di Cassazione, che riconduce il fondamento della prededuzione alla funzionalità del pagamento rispetto agli interessi della massa dei creditori.

La giurisprudenza di merito, inoltre, ha rilevato che, nell’analogia fattispecie in cui vi siano debiti contributivi e retributivi, non trova applicazione il disposto degli artt. 118, comma 6, D.Lgs. 163/2006 e 4 e 5, D.P.R. 207/2010, che parimenti impongono la sospensione della liquidazione dei SAL da parte della Stazione Appaltante e l’esercizio dell’intervento

³ Tribunale di Bolzano, 25 febbraio 2014 in www.ilcaso.it. Vd. anche Tribunale di Pavia, 26 febbraio 2014; Tribunale di Milano, 5 settembre 2014; Tribunale di Monza, 10 aprile 2015; Tribunale di Rimini, 26 settembre 2015, tutte in www.ilcaso.it; Tribunale di Treviso, 24 marzo 2016 in www.dejure.it; Tribunale di Udine, 2 febbraio 2017, in www.unijuris.it; Tribunale di Bologna, 23 giugno 2017, inedita; Tribunale di Milano, 31 maggio 2019, inedita.

sostitutivo (con pagamento diretto da parte della Stazione Appaltante in favore degli enti previdenziali), cosicché i relativi crediti non vengono soddisfatti in prededuzione⁴.

Le citate sentenze di merito, infine, hanno escluso l'applicabilità del meccanismo di sospensione dei pagamenti in ipotesi di fallimento dell'appaltatore, valorizzando la *ratio* del disposto dell'art. 118, comma 3, D.Lgs. 163/2006, individuata nell'esigenza di tutela della Pubblica Amministrazione alla regolare esecuzione dell'opera oggetto del contratto d'appalto.

La citata previsione, infatti, condizionando l'esigibilità dei crediti dell'appaltatore al previo pagamento dei subappaltatori, escluderebbe il rischio che gli stessi, se insoddisfatti, sospendano le lavorazioni rallentando così la regolare esecuzione di opere di interesse collettivo; considerato che il fallimento comporta lo scioglimento del contratto d'appalto⁵,

⁴ Tribunale di Bolzano, 25 febbraio 2014, *cit.*; vd. anche Tribunale di Milano, 1° settembre 2015, in www.ilcaso.it: *“Il fatto che, poi, gli artt. 4 e 5 d.p.r. n. 207/2010 legittimino la stazione appaltante a sostituirsi all'appaltatore, nell'ipotesi di consegna di Durc che segnali un'inadempienza contributiva, nel pagamento di quanto dovuto direttamente agli enti previdenziali e assicurativi, nonché in favore dei dipendenti dell'appaltatore stesso, non implica anche che, in caso di fallimento, tale normativa debba prevalere sui principi fissati dalle regole che presiedono al concorso dei creditori. Va infatti condivisa la tesi dottrinale che ravvisa nel meccanismo previsto dalle norme in esame una delegazione di pagamento, e non una surrogazione legale, atteso che per quest'ultima deve ricorrere il presupposto della preesistenza del fatto che giustifica il subentro di chi viene surrogato nella pretesa del creditore. La sentenza dichiarativa di fallimento costituisce la linea discriminante per l'accertamento dei crediti ed il loro concorso. Da ciò discende che i pagamenti effettuati per i titoli in discorso, ove avvenuti prima della dichiarazione di fallimento sarebbero revocabili alle condizioni di cui all'art. 67 L.F., e, ove intervenuti successivamente, sono da ritenersi del tutto inefficaci ex art. 44 L.F.”.*

⁵ Il fallimento dell'appaltatore determina, infatti, lo scioglimento del contratto di appalto pubblico. L'art. 81 l.f. stabilisce che *“I. Il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di giorni sessanta dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie. II. Nel caso di fallimento dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto. Sono salve le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche”* (l'art. 186, D.Lgs 14/2019 è di identico contenuto). Nell'ambito degli appalti pubblici la qualità soggettiva dell'appaltatore è, all'evidenza, essenziale, come emerge dalla disciplina speciale del contratto e, in particolare, dagli artt. 38 (*“I. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del*

la descritta esigenza viene evidentemente meno e quindi, in tali ipotesi, l'istituto della sospensione dei pagamenti non avrebbe ragione d'essere.

III. IL *REVIREMENT* DELLA CORTE DI CASSAZIONE: LA SENTENZA 33350/2018.

Le argomentazioni sviluppate dalla giurisprudenza di merito sono state recepite dalla Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 33350 del 21 dicembre 2018, dopo avere dato atto di una evoluzione 'graduale' del proprio orientamento interpretativo e degli interventi normativi succedutisi nel tempo, è giunta a sancire la natura chirografaria del credito vantato dai subappaltatori nei confronti di un appaltatore fallito.

L'analisi svolta nella citata pronuncia in ordine all'ambito di applicabilità dell'art. 118, comma 3, D.Lgs. 163/2006 ha preso le mosse dalla *ratio legis* sottesa al meccanismo della sospensione dei pagamenti, ribadendo quanto sostenuto nelle predette sentenze di merito in ordine all'esigenza di tutela della Pubblica Amministrazione alla tempestiva esecuzione

regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni") e 140 D.Lgs. 163/2006 ("Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento dell'appaltatore o di liquidazione coatta e concordato preventivo dello stesso o di risoluzione del contratto ai sensi degli articoli 135 e 136 o di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 11, comma 3 del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. Si procede all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, fino al quinto migliore offerente, escluso l'originario aggiudicatario"). A riguardo è stato, infatti, affermato che "una corretta interpretazione dell'articolo 38 del d.lgs n. 163 del 2006 consente di affermare che, così come non possono essere stipulati contratti relativi ad opere pubbliche con imprese soggette a procedura concorsuale (salvo la specifica deroga relativa ai concordati con continuità aziendale), allo stesso modo detti contratti non potranno proseguire qualora le imprese contraenti vengano successivamente sottoposte a procedura concorsuale" (Tribunale di Milano, 5 settembre 2014, cit.). Il che vale anche in ipotesi di fallimento con esercizio provvisorio dell'impresa: "per tutti i pubblici appalti (siano essi di lavori, servizi, e forniture), e sia se stipulati con impresa singola che con raggruppamento di imprese, in caso di fallimento dell'appaltatore il rapporto contrattuale non possa proseguire con il fallito (ancorché il giudice fallimentare abbia autorizzato l'esercizio provvisorio dell'impresa). (...) l'appalto pubblico è connotato dall'intuitu personae, vale a dire dall'essenzialità delle qualità soggettive dell'appaltatore, e dal d.lgs. n. 163/2006 si desume il principio che la stazione appaltante pubblica non può intrattenere rapporti contrattuali con imprese fallite" (Consiglio di Stato, Commissione Speciale - Parere 22 gennaio 2008, n. 4575/2007 in www.neldiritto.it).

dei lavori ed alla sostanziale inutilità della sospensione dei pagamenti in ipotesi di scioglimento del contratto d'appalto.

A sostegno delle proprie argomentazioni la Corte di Cassazione ha, inoltre, valorizzato l'introduzione, ad opera del D.L. 145/2013, della possibilità di pagamento diretto dei subappaltatori da parte della Stazione Appaltante per i contratti d'appalto in corso, in caso di crisi di liquidità dell'appaltatore (art. 118, comma 3, ultimo periodo, D.Lgs. 163/2006) ovvero in pendenza di procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, previa determinazione del Tribunale competente (art. 118, comma 3 *bis*, D.Lgs. 163/2006).

Secondo la Corte di Cassazione, il legislatore avrebbe modificato la norma introducendo espressamente la possibilità di pagamento diretto in ipotesi in cui l'appaltatore sia sottoposto al concordato preventivo in continuità, in quanto il comma 3 sarebbe destinato a disciplinare esclusivamente l'ipotesi di contratto d'appalto di cui sia parte un appaltatore *in bonis*.

La Suprema Corte, infine, ha argomentato in ordine alla necessità di coordinare la disciplina in materia di appalti pubblici con i principi che regolano il concorso dei creditori, arrivando così ad escludere che il meccanismo di sospensione/pagamento diretto possa trovare applicazione in ipotesi di fallimento dell'appaltatore.

E' stato, inoltre, posto l'accento sulle aporie di sistema che deriverebbero dal riconoscimento della prededuzione: *“Basti pensare, per menzionarne alcune: al caso in cui la curatela non disponga di fondi per pagare in prededuzione il subappaltatore, restando perciò indefinitamente impossibilitata a riscuotere il credito presso la stazione appaltante (salvo dover ricorrere addirittura a un finanziamento); all'ipotesi in cui l'unico attivo della procedura sia costituito proprio dal credito vantato verso la stazione appaltante, che verrebbe così sottratto anche al pagamento delle cd. spese di giustizia della procedura; al rischio che, per varie vicende possibili (ad es. compensazioni con ragioni di debito per danni lamentati dal committente) la somma incassata dalla stazione appaltante risulti minore di quella corrisposta al subappaltatore, o comunque incapiente rispetto ad ulteriori crediti di grado pari o*

poziore; alla necessità ma non sufficienza (per le utilità che si vogliono conseguire) della semplice ammissione al passivo in prededuzione del subappaltatore, essendo a rigore richiesto l'effettivo pagamento del relativo credito; alla conseguente necessità di procedere ad un riparto parziale, sempre con il rischio di pregiudicare i crediti prededucibili di grado pari o addirittura poziore, perchè muniti di prelazione (ad es. il compenso del curatore); al controverso inquadramento del pagamento diretto del subappaltatore da parte della stazione appaltante in termini di espromissione (art. 1272 c.c.), accollo (art. 1273 c.c.) o delegazione di pagamento (art. 1269 c.c.), semmai ex lege, con il rischio di revocatorie fallimentari ove si ravvisi un atto anomalo L. Fall., ex art. 67, comma 1, n. 2), (v. ex multis, Cass. 17/01/2003 n. 649 e 19/07/2000 n. 9479), salvo ipotizzare un caso di esenzione L. Fall., ex art. 67, comma 3, lett. a).”.

Si tratta delle medesime problematiche già segnalate dal Tribunale di Bolzano nella sentenza 25 febbraio 2014 citata nel precedente paragrafo, che non si verificherebbero nell'ipotesi in cui il credito del subappaltatore venisse assoggettato alla falcidia fallimentare, quale creditore chirografario.

IV. L'ORDINANZA DI RIMESSIONE DEGLI ATTI AL PRIMO PRESIDENTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE.

Con l'ordinanza interlocutoria 18837/2019, depositata in data 12 luglio 2019, la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente affinché valuti se devolvere alle Sezioni Unite la seguente questione: “*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 al D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 118, 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?*”.

Nell'ordinanza vengono descritti gli orientamenti della Giurisprudenza di merito e di Legittimità sopra citati e viene analizzata la sentenza n. 33350/2018, dando atto di come

la stessa si sia discostata dalle precedenti pronunce di Legittimità e del conseguente contrasto tra le diverse Sezioni della Corte di Cassazione, che ne è derivato⁶.

Il Relatore, nell'analizzare detta sentenza, ha svolto alcune argomentazioni a sostegno della prededuzione, che possono essere sintetizzate come segue:

- (i) la condizione di esigibilità è prevista dal bando e, di conseguenza, dal contratto e quindi sarebbe vincolante per le parti, a prescindere dall'intervenuto scioglimento del rapporto contrattuale per effetto dell'accesso alla procedura fallimentare;
- (ii) l'introduzione del comma 3 *bis* all'art. 118, D.Lgs. 163/2006 disciplina la sola ipotesi di appaltatore in concordato preventivo con continuità aziendale e non escluderebbe che il comma 3 possa applicarsi alle ulteriori procedure concorsuali;
- (iii) la sospensione dei pagamenti sarebbe espressione del principio di autotutela della Pubblica Amministrazione;
- (iv) la sospensione dei pagamenti non sarebbe dettata a tutela degli interessi della pubblica Amministrazione, bensì a tutela degli interessi dei subappaltatori, quale operatori economico medio-piccoli, nell'ambito del mercato di riferimento.

V. CONSIDERAZIONI SULL'ORDINANZA DI RIMESSIONE.

I rilievi svolti nell'ordinanza di remissione offrono lo spunto per alcune riflessioni.

(i) L'argomentazione secondo cui la condizione di esigibilità, essendo recepita nel contratto, vincolerebbe le parti anche in ipotesi di scioglimento del rapporto contrattuale, sfiora quella che è la principale questione controversa, senza coglierla pienamente.

Le clausole dei contratti d'appalto pubblici che prevedono il noto meccanismo di sospensione dei pagamenti non sono il frutto dell'autonomia privata delle parti, ma sono la mera trasposizione dell'analoga previsione contenuta nel bando di gara e – prima ancora – nel D.Lgs.163/2006.

⁶ Il Primo Presidente ha disposto che la Corte pronunci sulla questione a Sezioni Unite; ad oggi non è ancora stata fissata l'udienza di discussione.

La condizione di esigibilità, a prescindere dal suo espresso recepimento nel contratto, trova la propria fonte in una statuizione di legge, cosicché il vero tema non è la perdurante vigenza degli obblighi contrattuali a seguito della declaratoria di fallimento dell'appaltatore, bensì il rapporto tra la disciplina degli appalti pubblici e quella concorsuale.

Sul punto la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 33350/2018, ha ritenuto che debba prevalere la normativa fallimentare, valorizzando, a tale proposito “*i principi generali del concorso, quali la par condicio creditorum, il rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione e la tassatività (o comunque stretta interpretazione) delle ipotesi di prededuzione contemplate dalla L. Fall., art. 111, comma 2, che unitariamente considerati mirano al miglior soddisfacimento possibile di tutti i creditor?*”.

Va, infatti, considerato che la legge fallimentare disciplina in modo organico ogni effetto conseguente alla declaratoria di fallimento e, in particolare, per quanto qui rileva, le modalità del concorso di tutti i creditori sui beni del fallito, secondo il principio generale della *par condicio creditorum*.

Le argomentazioni svolte nella predetta sentenza appaiono, quindi, pienamente coerenti, in un'ottica di sistema, dato che in tale occasione la Suprema Corte ha sostanzialmente ritenuto che la disciplina fallimentare non possa essere derogata dalle disposizioni del D.Lgs.163/2006 volte a regolamentare la fase esecutiva del contratto d'appalto in un'ottica di svolgimento ‘fisiologico’ del rapporto, e non già l'esito ‘patologico’ conseguente al fallimento dell'appaltatore.

(ii) Per quanto riguarda la seconda argomentazione svolta nell'ordinanza di rimessione (ovverosia, il rilievo secondo cui l'introduzione del comma 3 *bis* all'art. 118, D.Lgs. 163/2006 relativo all'ipotesi di appaltatore in concordato preventivo con continuità aziendale non escluderebbe che il comma 3 possa applicarsi alle ulteriori procedure concorsuali) va rilevato che, nei casi in cui il legislatore ha inteso fare riferimento alle procedure concorsuali lo ha fatto espressamente: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Tant'è che è stato introdotto un nuovo comma per disciplinare il pagamento diretto ai subappaltatori nell'ambito di un appalto pendente in caso di concordato preventivo in continuità.

Se, nella *mens legis*, l'istituto del pagamento diretto disciplinato dal comma 3 fosse stato applicabile in pendenza di qualsiasi procedura concorsuale, non sarebbe stato necessario precisare, con il comma 3 *bis*, che la Stazione Appaltante può disporre il pagamento diretto dei subappaltatori in caso di concordato con continuità aziendale (si rimanda al paragrafo § 6 per l'analisi riguardo alla disciplina del concordato con continuità aziendale).

(iii) Secondo l'ordinanza di rimessione, inoltre, la sospensione dei pagamenti verrebbe disposta dalla Stazione Appaltante nell'esercizio del proprio potere di autotutela.

La questione controversa, tuttavia, attiene chiaramente alla fase esecutiva contratto d'appalto e, in particolare, ai diritti ed obblighi delle parti, e non alla potestà di autotutela propria delle pubbliche amministrazioni, per tale intendendosi *“lo strumento con il quale, a mezzo di un processo di rivalutazione e riesame critico della propria attività provvedimentale, la Pubblica amministrazione corregge - annullandola, revocandola o modificandola - l'azione amministrativa fino a quel momento svolta, per consentire il migliore perseguimento in concreto dell'interesse pubblico di cui è depositaria; questo intervento in autotutela è infatti espressione di un potere generale attribuito alla Pubblica amministrazione che, una volta adottato un atto amministrativo, può sempre tornare sui propri passi ponendo in essere una riedizione del potere originariamente esercitato”*⁷.

La Stazione Appaltante che sospende il pagamento per la mancata esibizione delle fatture quietanzate dei subappaltatori, infatti, si limita a fare valere una condizione di esigibilità prevista dalla legge, senza esercitare autoritativamente alcun peculiare potere attribuitole dall'ordinamento in considerazione della sua qualità di ente pubblico, qual è il potere di autotutela.

In ogni caso, anche a prescindere da tali considerazioni, aderire a tale opzione interpretativa significherebbe, in concreto, rimettere alla discrezionalità della Stazione

⁷ Consiglio di Stato, 10 maggio 2017, n. 2169.

Appaltante la scelta di eccipire o meno l'operatività della condizione di esigibilità e, dunque, di stabilire se il credito del subappaltatore vada soddisfatto integralmente o meno.

Il che appare difficilmente compatibile con le regole che disciplinano il concorso dei creditori e, prima ancora, con l'esigenza di certezza del diritto.

(iv) Le motivazioni di cui all'ordinanza di rimessione si chiudono con l'argomentazione secondo cui l'interesse tutelato dalla sospensione dei pagamenti andrebbe individuato nell'interesse dei subappaltatori ad ottenere il pagamento delle proprie spettanze; vengono citati, a tale proposito, i pareri emessi dall'ANAC (già AVCP), con cui l'Autorità si è espressa in senso favorevole alla prededuzione, quale indice della *“tendenza dell'ordinamento (...) allineata all'ispirazione comunitaria di favorire le piccole e medie imprese”*⁸.

Va, tuttavia, ricordato che, prima che la Corte di Cassazione pronunciasse la nota sentenza 3402/2012, l'orientamento dell'ANAC era di segno diametralmente opposto, dato che l'Autorità aveva affermato che *“In caso di fallimento, la stazione appaltante può effettuare il pagamento dei debiti nei confronti dell'appaltatore a favore della procedura fallimentare, sia che abbia optato per il c.d. pagamento diretto, sia che abbia sospeso i pagamenti a favore dell'appaltatore a seguito della mancata presentazione delle fatture quietanzate. Infatti, la posizione del subappaltatore nel fallimento è specificamente garantita dalle misure adottabili dagli organi della procedura fallimentare (Tribunale fallimentare, giudice delegato, curatore, comitato dei creditori). In caso di concordato preventivo, a seconda di quanto disposto nel bando di gara ai sensi dell'art. 118, co. 3 del D.Lgs. 163/2006, la*

⁸ Nell'ordinanza si legge che *“secondo la giurisprudenza amministrativa, le linee guida dell'Anac e gli atti a esse assimilati vanno ricondotti nella categorie degli atti di regolazione delle cd. autorità indipendenti, e anche se non adottate in forma di decreto ministeriale (e dunque anche se non vincolanti extra ordinem), perseguono pur sempre lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti alla stregua di atti amministrativi generali (cfr. C. Stato, sez. consultiva, pareri n. 855 del 2016, n. 1767 del 2016 e n. 782 del 2017)”. Va precisato, tuttavia, che i pareri dell'ANAC ivi citati rientrano nell'ambito dell'attività consultiva facoltativa svolta dall'ANAC ed hanno efficacia vincolante esclusivamente tra le parti coinvolte dalla questione concreta sottoposta all'Autorità; non sono, invece, assimilabili alle Linee Guida né hanno efficacia pari agli atti amministrativi generali individuati dal Codice degli Appalti quali fonte integrativa delle disposizioni di legge ivi contenute, ed a cui fanno riferimento le pronunce del Consiglio di Stato citate nell'ordinanza.*

stazione appaltante che avesse sospeso i pagamenti a favore dell'appaltatore pagherà a quest'ultimo, una volta che questi abbia saldato il proprio debito (come eventualmente ridotto dal concordato) con il subappaltatore: potrà altresì pagare direttamente il subappaltatore, sempre nella misura stabilita dal concordato” (AG 30/2011 del 30 novembre 2011).

I successivi pareri emessi dall’Autorità nel senso valorizzato dall’ordinanza di rimessione appaiono influenzati più dalla citata pronuncia della Suprema Corte che dal legislatore comunitario.

Per quanto riguarda il merito dell’argomentazione, invece, è noto che le ragioni dei subappaltatori trovano tutela nell’ambito del concorso, come disposto dall’art. 2741 c.c., alla stregua di quanto accade a qualsiasi altro creditore; sarebbe, d’altronde, evidente la disparità di trattamento che deriverebbe dal riconoscimento della natura prededucibile al credito dei subappaltatori impiegati in appalti pubblici rispetto a subappaltatori impiegati in appalti di diritto privato⁹.

Si tratta di soggetti aventi le medesime dimensioni ed operanti nel medesimo mercato (anche gli appalti privati, infatti, possono avere ad oggetto grandi opere e coinvolgere interessi collettivi), che verrebbero pregiudicati dall’integrale soddisfacimento del credito altrui.

Va, infine, considerato che il meccanismo di sospensione dei pagamenti non fa sorgere alcun rapporto diretto tra Stazione Appaltante e subappaltatore: se il legislatore avesse inteso tutelare i subappaltatori, avrebbe potuto farlo più efficacemente introducendo la possibilità, per questi ultimi, di azionare i propri crediti direttamente nei confronti della Committenza.

L’istituto in esame, quindi, appare essere soltanto il ‘mezzo’ per garantire la ‘finalità’ della regolare prosecuzione dei lavori, a prescindere dall’interesse dei subappaltatori in sé e per sé considerato, tutelato solo in via indiretta.

⁹ Tribunale di Pavia, 26 febbraio 2014 in www.ilcaso.it; FINARDI, *L’art. 118 Codice Appalti: negata la natura prededucibile al credito del subappaltatore che soggiace alle regole della verifica concorsuale*, in www.ilcaso.it, 4 maggio 2015.

Per quanto esposto, quindi, le considerazioni svolte nell'ordinanza di rimessione non appaiono tali da superare il compiuto apparato argomentativo della sentenza 33350/2018, l'unica sentenza di legittimità che ha affrontato approfonditamente la questione oggetto d'esame.

Nell'ordinanza di rimessione, inoltre, non viene considerata la disciplina dettata dal D.Lgs. 50/2016, che offre, invece, un utile spunto interpretativo.

Il legislatore, chiamato a riformare la normativa in materia di appalti pubblici (e, dunque, anche le norme in materia di pagamenti ai subappaltatori), anziché riproporre quanto previsto dal D.Lgs. 163/2006, com'è avvenuto per altri istituti, ha innovato la relativa disciplina, stabilendo quanto segue: *“La Stazione Appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi: a) quanto 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”* (art. 108, D.Lgs. 50/2016).

Abrogato il meccanismo di sospensione dei pagamenti, la normativa prevede ora esclusivamente la possibilità di pagamento diretto; ipotesi che, nella vigenza del D.Lgs. 163/2006, è stata pacificamente ritenuta integrare l'istituto della delegazione di pagamento *ex lege*¹⁰.

Di conseguenza, qualora intervenga il fallimento, il credito dell'appaltatore, che costituirebbe la provvista con cui il pagamento verrebbe effettuato, è oramai appreso all'attivo della procedura: l'eventuale pagamento diretto sarebbe effettuato dalla Stazione Appaltante con denaro del fallito e sarebbe, quindi, inefficace ai sensi dell'art. 44, comma

¹⁰ Nella vigenza del D.Lgs. 163/2006, il pagamento diretto è stato così qualificato dall'AVCP nei pareri AG30/2011, AG4/2012, AG26/2012; riguardo alla previsione di cui al D.Lgs. 50/2016, vd. ATTANASIO, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, in www.fallimentiesocietà.it, 2016. Dal confronto del disposto dell'art. 105, D.Lgs. 50/2016 (*“La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore”*) con quello del previgente art. 118, comma 3, D.Lgs. 163/2006 (*“provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore”*), emerge come il costruito lessicale nella nuova disposizione sia analogo a quello della disposizione previgente e non appaia, pertanto, tale da suggerire un'opzione interpretativa diversa da quella tradizionalmente accolta.

1 l.f. (“*Tutti gli atti compiuti dal fallito e i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori?*”)¹¹.

I crediti dei subappaltatori sorti nella vigenza del nuovo Codice degli Appalti, pertanto, non potranno che essere qualificati come chirografari.

VI. SPUNTI DI RIFLESSIONE IN MATERIA DI CONCORDATO PREVENTIVO.

L’approdo ermeneutico a cui è giunta la Suprema Corte con la sentenza n. 33350/2018 consente di coordinare la disciplina in materia di appalti pubblici con i principi cardine del concorso dei creditori; si tratta di principi che valgono tanto per la procedura fallimentare quanto per quella di concordato preventivo.

Basti pensare al combinato disposto degli artt. 167, 168, 184 l.f., in base al quale i crediti vantati dai creditori concorsuali debbano essere necessariamente soddisfatti nell’ambito della procedura di concordato, nel rispetto della *par condicio creditorum*, nonché nella percentuale, nei tempi e con le modalità di cui alla proposta omologata.

Anche la disciplina di dettaglio del concordato preventivo depone nel senso dell’inoperatività dell’art. 118, comma 3, D.Lgs. 163/2006: si pensi alle norme che prevedono espressamente la possibilità di disporre il pagamento integrale dei creditori esclusivamente in determinati casi ed al ricorrere di determinati presupposti specificamente individuati¹².

¹¹ Vd. Tribunale di Milano, sentenza 1° settembre 2015, *cit.* con riferimento all’istituto dell’intervento sostitutivo e Cass. civ., 28 agosto 2000, n. 11228 relativa al pagamento diretto dall’assicuratore al danneggiato; in dottrina, ATTANASIO, *cit.*

¹² Il Tribunale di Padova, a riguardo, ha ritenuto che “*il principio affermato dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza 3402/12, invocata dai subappaltatori, non sembra applicabile alla procedura di concordato preventivo in generale e alla procedura di concordato preventivo ex art. 186 bis l.f. in particolare, ove per quanto attiene al pagamento dei creditori anteriori sussistono, in presenza dei necessari presupposti, delle norme speciali quali l’art. 182 quinquies, comma 4, l.f. e, nell’ambito dei contratti pubblici, l’art. 118, comma 3 bis, D.Lgs. 163/2006*” (Tribunale di Padova, 13 giugno 2014, inedita). In tal senso si è espresso anche il Tribunale di Ravenna, che ha affermato che, in caso di concordato preventivo, l’operatività dell’art. 118, comma 3, D.Lgs. 163/2006 “*deve confrontarsi con una normativa concorsuale di carattere più specialistico che, nella specie, nella parte in cui l’istanza*

Ci riferiamo, in particolare, all'art. 118, comma 3 *bis*, D.Lgs. 163/2006, già menzionato *supra*, ed all'art. 182 *quinquies*, comma 5, l.f.¹³.

Entrambe le disposizioni sono dettate per la sola procedura di concordato preventivo con continuità aziendale; l'art. 182 *quinquies*, comma 5 l.f., in particolare, subordina il pagamento integrale dei creditori cd. 'strategici' all'attestazione, da parte del professionista incaricato, del fatto che il pagamento integrale sia relativo a prestazioni "essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori".

La deroga al principio della *par condicio creditorum*, quindi, è ammessa esclusivamente nelle ipotesi in cui ciò risulti indispensabile per consentire la prosecuzione dell'attività aziendale e dunque, a monte, la prosecuzione dei rapporti contrattuali a cui il credito inerisce e nei quali si sostanzia l'esercizio dell'impresa.

Si tratta di esigenze estranee alle procedure fallimentare e di concordato preventivo liquidatorio, cosicché non è un caso – come sopra già esposto – che il legislatore, nel riformare l'art. 118 D.Lgs. 163/2006 non abbia previsto la possibilità di pagamento diretto in dette ipotesi.

Anche la disciplina del concordato preventivo, pertanto, può offrire una chiave di lettura per fare definitiva chiarezza sulla questione, adottando una soluzione che consenta di evitare le aporie di sistema ed applicative evidenziate nelle pronunce succedutesi a riguardo.

*riguarda l'autorizzazione al pagamento di crediti anteriori al deposito del ricorso "prenotativo" di cui all'art. 161 comma 6 l.fall., è rappresentata dall'art. 182-quinquies l.fall. In mancanza di ricorso a quest'ultima disposizione, non è consentito introdurre ulteriori eccezioni alla regola della par condicio creditorum, che il nuovo art. 118, comma 3-bis, non contempla espressamente. Il carattere specializzante della normativa a favore del cd. "fornitore strategico" vale a maggior ragione nei confronti del pure novellato comma 3 dell'art. 118 Codice Appalti" (Tribunale di Ravenna, 30 giugno 2016 in www.ilcaso.it; vd. anche Tribunale di Treviso, 24 marzo 2016, *cit.*; Tribunale di Trento, 15 maggio 2018, *inedita*).*

¹³ E' stato ritenuto che il disposto dell'art. 182 *quinquies*, comma 5 l.f. prevalga, per specialità, rispetto a quello di cui all'art. 118, comma 3 *bis* l.f. (Tribunale di Ravenna, 30 giugno 2016, *cit.*; Tribunale di Ravenna, 26 marzo 2014, *cit.*).