Decreto del 21 agosto 2019 – Presidente: Dott.ssa Simonetta Bruno – Giudice estensore: Dott. Stefano Franchioni

Per i crediti prededucibili sorti "in funzione delle procedure concorsuali" di cui all'art. 111, comma 2, l. fall., il nesso di "funzionalità" va imprescindibilmente apprezzato, sotto l'aspetto cronologico, con riguardo al momento genetico dell'obbligazione e, sotto l'aspetto teleologico, con riguardo alla stretta strumentalità alla procedura da valutare *ex ante*, indipendentemente dall'eventuale vantaggio per la massa che si determini *ex post* (Cass. Civ. n. 24791/2016). Deve respingersi il riconoscimento di una prededuzione "*secundum eventum*" tale cioè da sussistere o meno a seconda delle contingenze accidentali della procedura e delle iniziative della stazione appaltante, dunque sulla base di una valutazione di funzionalità non *ex ante* ma *ex post*, senza possibilità di riscontrare il necessario nesso di funzionalità del credito nel suo momento genetico.

Il meccanismo della sospensione dei pagamenti a favore dell'appaltatore contemplato dall'art. 118 del d.lgs. 163/2006 (c.d. "Codice degli Appalti", *ratione temporis* applicabile, successivamente abrogato dal d.lgs. 50/2016) è calibrato sull'ipotesi di un rapporto di appalto di opere in corso con un'impresa (necessariamente) *in bonis*, in funzione dell'interesse pubblico primario al regolare e tempestivo completamento dell'opera (senza il rischio di interruzioni o ritardi causati dal subappaltatore che non sia stato regolarmente pagato dall'appaltatore) nonché al controllo della sua corretta esecuzione (che potrebbe restare

compromessa dall'applicazione di prezzi troppo bassi da parte del subappaltatore) e solo indirettamente a tutela anche del subappaltatore. Per la sua *ratio*, detto meccanismo non ha dunque ragion d'essere nel momento in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto per le opere pubbliche si scoglie ai sensi del combinato disposto dell'art. 81 l. fall. e degli artt. 38, comma 1, lett a), e 140 del d.lgs. 163/2006. Ciò trova conferma, anche da un punto di vista sistematico, nella modifica dell'art. 118 del d.lgs. 163/2006 ad opera del d.l. 145/2013 (convertito in L. 9/2014) che, integrando il comma 3 e aggiungendo il comma 3- *bis*, ha disciplinato due specifiche ipotesi (crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario e pendenza di una procedura di concordato preventivo in continuità) così chiarendo che l'art. 118 del d.lgs. 163/2006 è da riferirsi solo alle imprese *in bonis*.

Il mancato riconoscimento della prededuzione al credito del subappaltatore è coerente con 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 dall'art. 111, comma 2, l. fall..

Principi espressi in un giudizio di opposizione allo stato passivo nel quale il creditore opponente (originario sub-appaltatore) chiedeva l'ammissione in prededuzione dei compensi non corrisposti e delle ritenute di garanzia non svincolate dall'appaltatrice fallita.

Decr. 21.8.2019Download
(Massime a cura di Filippo Casini)