



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sig.ri Magistrati

ANDREA SCALDAFERRI	Presidente
ALBERTO PAZZI	Consigliere
PAOLA VELLA	Consigliere - Rel.
ANNAMARIA CASADONTE	Consigliere
LUIGI D'ORAZIO	Consigliere

Oggetto

Fallimento - appalto di opera pubblica - pagamento subappaltatore

Ud. 20/05/2022 CC
Cron.
R.G.N. 16678/2017

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 16678/2017 proposto da:

Comune di Pordenone, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in Roma, Via Francesco Orestano n. 21, presso lo studio dell'avvocato Pontesilli Fabio, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati Bressan Fulvia, Mussio Francesca, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

Fallimento La Fenice S.r.l., in persona del Curatore dott. Giuseppe Gesùà *sive* Salvadori, elettivamente domiciliato in Roma, Via Barnaba Tortolini n.13, presso lo studio dell'avvocato Verino Mario Ettore, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato Visconti Maurizio, giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -



avverso la sentenza n. 820/2016 della CORTE D'APPELLO di TRIESTE, pubblicata il 30/12/2016;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 20/05/2022 dal cons. Paola Vella.

FATTI DI CAUSA

1. - La vicenda trae origine dal contratto di appalto di opera pubblica (costruzione di una palestra comunale) stipulato in data 11/12/2007 tra il Comune di Pordenone (stazione appaltante, di seguito Comune) e il Consorzio Stabile Engineering & Business Group (appaltatore, di seguito Consorzio), con affidamento dei lavori alla consorziata Energi Impianti Tecnologici S.r.l. (di seguito Energi) e il loro subappalto, tra l'altro, a La Fenice s.r.l. (subappaltatore, di seguito La Fenice).

1.1. - Intervenuto nel 2010 il fallimento del Consorzio appaltatore, il Comune, dopo aver provveduto alla redazione dello stato di consistenza dei lavori eseguiti (in contraddittorio con la curatela), al collaudo tecnico amministrativo ed al riscontro di ritardi, difformità e vizi dell'opera ascrivibili al subappaltatore, effettuò il pagamento del corrispettivo al Curatore del fallimento del Consorzio - che si era sciolto dal contratto di appalto- formulando "riserva di ripetizione" nel caso si fosse accertato che il pagamento fosse dovuto al subappaltatore La Fenice, nel frattempo anch'esso dichiarato fallito.

1.2. - Il Fallimento La Fenice ottenne dal Tribunale di Venezia decreto ingiuntivo per euro 249.543,68 a titolo di corrispettivo dei lavori eseguiti, in forza di un "*atto aggiuntivo al contratto del 11 dicembre 2007*" del 23/11/2009 che, modificando l'art. 51, comma 1, del capitolato speciale di appalto (il quale disponeva che "*la stazione appaltante non provvede al pagamento dei subappaltatori*"), aveva previsto il pagamento diretto del subappaltatore da parte del Comune, su fattura vistata per conformità dall'appaltatore e dal direttore dei lavori, da presentare in uno allo stato di avanzamento dei lavori.



1.3. – La causa di opposizione al predetto decreto ingiuntivo, promossa dal Comune di Pordenone, venne riassunta dinanzi al Tribunale di Pordenone, che autorizzò il Comune a chiamare in causa il Fallimento del Consorzio, il quale venne poi estromesso su richiesta del Fallimento La Fenice, stante l'esclusività del rito fallimentare (art. 52 l.fall.).

1.4. – Il Tribunale di Pordenone revocò il decreto ingiuntivo, ritenendo che il fallimento del Consorzio appaltatore, determinando lo scioglimento automatico del rapporto contrattuale, avesse fatto venir meno anche l'obbligo del Comune di pagamento diretto del corrispettivo al subappaltatore.

1.5. – Con la sentenza indicata in epigrafe, la Corte d'appello di Trieste, su impugnazione del Fallimento La Fenice, ha riformato la decisione di primo grado, condannando il Comune a pagare all'appellante la somma di euro 249.543,68 (Iva inclusa) oltre interessi ex d.lgs. 231/02, sostanzialmente sulla base dei seguenti rilievi: i) sul capo di sentenza che ha dichiarato sciolto il contratto di appalto 11 dicembre 2007 per fallimento dell'appaltatore si è formato il giudicato, restando in predicato solo la sorte dell'atto aggiuntivo [indicato con data erronea] e quindi il diritto del subappaltatore al pagamento nei confronti del Comune committente; ii) il tribunale ha implicitamente ritenuto assorbita la sorte del patto aggiuntivo in quella del contratto che esso aveva modificato; iii) occorre distinguere tra scioglimento *ex nunc* del contratto di appalto, che ha per oggetto le prestazioni ancora ineseguite, e crediti maturati a titolo di corrispettivo per le prestazioni già eseguite, che restano dovuti; iv) lo stesso Comune ha correttamente qualificato il predetto patto aggiunto come mandato *in rem propriam*, o mandato in favore di terzi, in quanto diretto a «garantire le società esecutrici dell'opera anche attraverso una maggiore rapidità dell'incasso delle somme dovute», e quindi «nell'interesse del mandatario»; v) l'art. 78 l.fall., come riformato nel 2006, prevede lo scioglimento automatico del mandato solo in caso di fallimento del mandatario, mentre se fallisce il mandante lo scioglimento dipende dalla scelta del curatore ex art.



72 l.fall.; v) poiché anche il mandato *in rem propriam* non si scioglie automaticamente ex art. 78 l.fall. per il fallimento del mandante, «era obbligo del Comune provvedere al pagamento diretto al subappaltatore dell'importo di cui alla fattura azionata in origine con il ricorso monitorio», fattura ritenuta regolare e munita di «tutti i requisiti previsti dal patto aggiunto per poter essere pagata»; vi) l'accertamento dei vizi delle opere effettuato tra Comune e appaltatore non è opponibile al Fallimento del subappaltatore, anche perché il collaudo dell'opera pubblica andava effettuato nei confronti di tutti i soggetti interessati, e comunque il Comune ha effettuato il pagamento all'appaltatore senza sollevare riserve sul punto.

2. - Avverso la decisione di secondo grado il Comune di Pordenone ha proposto ricorso per cassazione affidato a tre motivi, cui il Fallimento La Fenice ha resistito con controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

2.1. - Con il primo motivo, rubricato violazione e/o falsa applicazione degli artt. 72 e 78 l.fall., si contesta l'affermazione della Corte d'appello per cui il patto aggiuntivo al contratto di appalto, con il quale è stato previsto il pagamento diretto dei subappaltatori da parte della stazione appaltante, dovendo qualificarsi come mandato *in rem propriam*, non si scioglierebbe automaticamente ex art. 78 l.fall.

Osserva il ricorrente che la legge fallimentare non dispone nulla sul mandato *in rem propriam* (ben diverso dalla cessione di credito) e che, dopo la riforma del 2006, l'art. 78 l.fall. prevede lo scioglimento automatico del contratto (incluso il mandato *in rem propriam*) solo in caso di fallimento del mandatario, mentre in caso di fallimento del mandante si ha la sospensione ex art. 72 l.fall. con la facoltà del curatore di subentrare o meno nel contratto (art. 78, co. 3, l.fall.).

Aggiunge il ricorrente che con racc. del 20/01/2011 (doc. trascritto a pag. 11 del ricorso) il Comune di Pordenone, dopo aver premesso che lo scioglimento del contratto di appalto per fallimento del Consorzio non poteva che aver comportato "anche lo scioglimento



dell'atto aggiuntivo" del 23/11/2009, aveva ritenuto "doveroso, ai fini di una definitiva chiarificazione dei rapporti tra le parti, invitare il Curatore del fallimento del Consorzio" a comunicare se intendesse o meno "subentrare nel contratto di mandato contenuto nell'atto aggiuntivo al contratto di appalto, ad oggi sospeso", ex art. 72 l.fall., e che il Curatore, con nota del 23/03/2011 (doc. trascritto a pag. 12 del ricorso) aveva dichiarato di non voler subentrare, sicché quel contratto doveva intendersi sciolto, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte territoriale.

2.2. – Il secondo mezzo lamenta l'omesso esame di fatto decisivo, avuto riguardo alla volontà del curatore del Fallimento dell'appaltatore di sciogliersi dal mandato ai sensi dell'art. 72 l.fall.

2.3. – Il terzo motivo denuncia la nullità della sentenza per violazione dell'art. 115 c.p.c., in quanto non risponderebbe al vero che il Comune non avesse mai avanzato riserve sui vizi dei lavori eseguiti, nonché la violazione degli artt. 191-195, 199, 203 del d.P.R. n. 554/1999 (applicabile *ratione temporis* al collaudo del 25/11/2010, anteriore alla pubblicazione del d.P.R. n. 207/2010), a norma del quale il collaudo deve avvenire in presenza dell'appaltatore, non già degli eventuali subappaltatori.

3. – I primi due motivi, da esaminare congiuntamente in quanto connessi, sono fondati, con assorbimento del terzo.

4. – Occorre innanzitutto muovere dai principi stabiliti dalle Sezioni Unite di questa Corte, in base ai quali, in caso di fallimento dell'appaltatore di opera pubblica, il meccanismo delineato dall'art. 118, comma 3, 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; di conseguenza, il corrispettivo delle prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto è



dovuto dalla stazione appaltante al curatore fallimentare dell'appaltatore, mentre 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, senza che rilevi a suo vantaggio l'istituto della prededuzione ex art. 111, comma 2, l.fall. (Cass. Sez. U, 5685/2020; cfr. anche Cass. 16708/2020, 24472/2021).

4.1. – Dal citato arresto è desumibile il principio, applicabile alla fattispecie in esame, che anche il pagamento diretto del subappaltatore -parimenti contemplato dall'art.118, comma 3, d.lgs.n.163/06- è compatibile solo con l'ipotesi in cui il rapporto di appalto sia in corso con l'impresa *in bonis*, e non lo è quando il contratto di appalto si sciogla *ipso iure* a seguito del fallimento dell'appaltatore, ai sensi dell'art.81 l.fall. e dell'art.140 , comma 1, Codice appalti 2006, come è pacificamente nel caso di specie. In cui l'art. 51, comma 1, del capitolato speciale facente parte integrante del contratto di appalto (il quale disponeva originariamente che *"la stazione appaltante non provvede al pagamento dei subappaltatori"*) era stato modificato nel corso del rapporto con *"atto aggiuntivo al contratto dell'11 dicembre 2007"* del 23/11/2009, che prevedeva appunto il pagamento diretto del subappaltatore da parte del Comune, su fattura vistata per conformità dall'appaltatore e dal direttore dei lavori, presentata insieme al corrispondente stato di avanzamento dei lavori.

Orbene, una simile rimodulazione del programma contrattuale, conforme al disposto dell'art. 118, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 allora vigente (a norma del quale *"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 quietanziate 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”), integra la modifica di una clausola del contratto sciolto per fallimento dell'appaltatore (un "patto aggiunto" secondo la ricostruzione dello stesso controricorrente), la quale, per ciò stesso, non poteva che seguirne le sorti, come correttamente ritenuto dal tribunale nella sentenza di primo grado.

4.2. – Al riguardo va respinto l'assunto che, avendo il ricorrente «abbandonato la tesi per cui lo scioglimento del contratto di appalto avrebbe recato con sé anche quello del mandato di pagamento a favore del subappaltatore (...) sulla infondatezza di tale giuridica prospettazione deve ritenersi calato il giudicato o quanto meno il vincolo della ulteriore non discutibilità» (pag. 2 memoria controricorrente).

Questa Corte ha più volte sottolineato che l'esatta qualificazione giuridica delle questioni dedotte in giudizio (sostanziali, attinenti al rapporto, o processuali, attinenti all'azione e all'eccezione) può essere operata, anche d'ufficio, dal giudice di legittimità, nell'esercizio dell'istituzionale potere di censura degli errori di diritto, ove le circostanze a tal fine rilevanti siano state compiutamente prospettate nella pregressa fase di merito dalla parte interessata (Cass. 27542/2019, che ha qualificato il rapporto come espromissione piuttosto che accollo con effetti liberatori per il fallimento "accollato", come ritenuto erroneamente dalla Corte d'appello senza considerare la mancata adesione del fallimento al patto; conf. Cass. 9143/2017).

Si tratta, in effetti, del potere di qualificazione in diritto dei fatti in forza del quale il giudice di legittimità può ritenere fondata la questione sollevata nel ricorso per una ragione giuridica diversa da quella indicata dalla parte, individuata d'ufficio, con il solo limite – nel caso di specie rispettato – che ciò avvenga sulla base dei fatti per



come accertati nelle fasi di merito e senza confliggere con il principio di monopolio della parte nell'esercizio della domanda e delle eccezioni in senso stretto (Cass. 27704/2020, ove si esclude la possibilità di rilevare l'efficacia giuridica di un fatto che comporti la modifica della domanda per come definita nelle fasi di merito o l'integrazione di un'eccezione in senso stretto; conf. Cass. 18775/2017, 3437/2014).

In altri termini, l'applicazione del principio "iura novit curia", di cui all'art. 113, comma 1, c.p.c. – che importa la possibilità per il giudice di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti ed ai rapporti dedotti in lite, nonché all'azione esercitata in causa, ricercando le norme giuridiche applicabili alla concreta fattispecie sottoposta al suo esame, potendo porre a fondamento della sua decisione principi di diritto diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti – va correlato al divieto di ultra o extra-petizione, di cui all'art. 112 c.p.c., in applicazione del quale è invece precluso al giudice pronunciare oltre i limiti della domanda e delle eccezioni proposte dalle parti, mutando i fatti costitutivi o quelli estintivi della pretesa, ovvero decidendo su questioni che non hanno formato oggetto del giudizio e non sono rilevabili d'ufficio, attribuendo un bene non richiesto o diverso da quello domandato (Cass. 5832/2021).

Pertanto, l'esclusione della formazione di un giudicato interno sulla qualificazione del "patto aggiunto" in questione discende dal fatto che, ai fini dell'esercizio del potere giudiziale di ricostruire i fatti in maniera autonoma rispetto a quanto prospettato dalle parti, nonché di procedere ad una loro diversa qualificazione giuridica, non occorre un'apposita censura sugli uni o sull'altra, ma è sufficiente che sia contestato anche soltanto l'effetto finale che il giudice "a quo" ne abbia ricavato (Cass. 8645/2020).

4.3. – In ogni caso, anche la ricostruzione dell'"atto aggiuntivo" in questione non già come semplice modifica di una clausola del rapporto negoziale, bensì come mandato *in rem propriam* – o meglio mandato nell'interesse anche di terzi, segnatamente del subappaltatore – non conduce a risultati diversi, trattandosi pur sempre di un negozio privo di autonomia rispetto al contratto di



appalto cui accede, e che pacificamente si è sciolto ai sensi dell'art. 78, comma 3, l.fall.

5. – Per completezza va respinta anche la lettura della vicenda attraverso il prisma dell'art. 1723, co. 2, c.c., per cui «il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi» – quale sarebbe per il controricorrente il patto aggiunto in questione – «non si estingue per revoca da parte del mandante, salvo che sia diversamente stabilito o ricorra una giusta causa di revoca», né «per la morte o per la sopravvenuta incapacità del mandante».

Si tratta infatti di una regola civilistica diversa dalla disciplina dettata dalla legge fallimentare nel combinato disposto degli artt. 78 e 72 l.fall., disciplina destinata a prevalere proprio in ragione della sua specialità, come si desume anche dalle contigue disposizioni contenute nell'art. 1722 (che contempla le "cause di estinzione" del mandato, tra le quali figura al n. 4 «la morte, l'interdizione o l'inabilitazione del mandante o del mandatario», a meno che il mandato abbia «per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa (...), se l'esercizio dell'impresa è continuato, salvo il diritto di recesso delle parti o degli eredi») o nell'art. 1724 (che contempla la "revoca tacita" del mandato in caso di «nomina di un nuovo mandatario per lo stesso affare o il compimento di questo da parte del mandante», con «effetto dal giorno in cui sono stati comunicati al mandatario»), le quali esprimono categorie (e.g. estinzione, in luogo di scioglimento; interdizione o inabilitazione in luogo di fallimento) non congruenti con il sistema fallimentare, peraltro senza nemmeno contemplare espressamente l'ipotesi del fallimento del mandante o del mandatario.

5.1. – Non si ignora che, prima della riforma fallimentare del 2006, dottrina e giurisprudenza erano divise circa l'applicabilità al contratto di mandato *in rem propriam* (specie in forma di mandato all'incasso) dell'art. 78 l.fall., che prevedeva allora lo scioglimento automatico del contratto di mandato in caso di fallimento tanto del mandatario quanto del mandante, aderendo, per lo più, la prima alla soluzione positiva, e la seconda a quella negativa, quest'ultima



proprio in applicazione analogica dell'art. 1723, comma 2, c.c. (Cass. 11966/1992, 11988/1990; *contra* Cass. 4282/1981; v. Cass. 13243/2011, favorevole alla sua applicazione solo in caso di fallimento del mandante, non anche del mandatario).

Tuttavia, anche quest'ultima posizione finiva per ammettere lo scioglimento del curatore ai sensi dell'art. 78 l.fall. anche dal mandato *in rem propriam*, in applicazione dello stesso art. 1723, comma 2, c.c. (revoca espressa per giusta causa: Cass. 8806/1993; cfr. Cass. 18316/2014) ovvero dell'art. 1724 c.c. (revoca tacita per compimento dell'affare: Cass. 13676/2004), volendosi così evitare che la prosecuzione del mandato avesse ricadute negative sulla massa attiva fallimentare, specie in caso di fallimento del mandante.

5.2. – Più di recente, questa Corte ha avuto modo di precisare, in materia di A.T.I., che il fallimento della società mandante, pur non comportando lo scioglimento del contratto d'appalto, alla cui esecuzione resta obbligata l'impresa capogruppo, a norma dell'art. 25, comma 2, d. lgs. n. 406 del 1991, comporta però, ai sensi dell'art. 78 l.fall. (nel testo anteriore al d.lgs. n. 5 del 2006, applicabile "ratione temporis"), lo scioglimento del rapporto di mandato conferito all'impresa capogruppo, che perde la legittimazione ad agire in nome e per conto della mandante fallita, per far valere i crediti dalla stessa vantati nei confronti dell'ente committente (Cass. 5145/2020, 34116/2019; cfr. Cass. 20558/2015, 29737/2011, 17926/2010, 1396/2003).

E ciò è stato affermato nonostante la capogruppo sia qualificata come mandataria *in rem propriam* in favore di un soggetto terzo (la stazione appaltante), grazie alla perspicua distinzione operata tra la fase di esecuzione delle opere e quella dei pagamenti, nella quale ultima «l'interesse della stazione appaltante ad avere un unico centro di imputazione al fine di una più agevole e sollecita esecuzione delle opere viene meno e l'interesse, residuo, della prima a definire in un unico contesto processuale le ragioni di dare ed avere con le imprese riunite in una a.t.i. è recessivo rispetto alle ragioni del fallimento della



mandante e, in genere, delle imprese già riunite» (Cass. 5145/2020; cfr. Cass. 973/2017).

5.3. – In ogni caso, risulta decisivo che l'art. 64 del d.lgs. n. 5 del 2006 ha modificato l'art. 78 l.fall., dettando una disciplina specifica per il contratto di mandato, diversa per il caso di fallimento del mandatario, che comporta lo scioglimento automatico del contratto (comma 2) e del mandante, che comporta invece l'applicazione della regola generale della sospensione del rapporto pendente in attesa della decisione del curatore di sciogliersi o subentrare, ai sensi dell'art. 72 l.fall., e prevedendo nel secondo caso la prededucibilità dei crediti del mandatario sorti dopo il fallimento (comma 3).

L'ordinamento concorsuale ha quindi trovato una sua più compiuta ed autonoma disciplina, che consente di "assorbire" anche le divise ipotesi di revoca tacita o per giusta causa, riportandole nell'alveo proprio della gestione del patrimonio fallimentare affidata al curatore, sotto la vigilanza e il controllo del comitato dei creditori, del giudice delegato e del tribunale.

Tale assetto trova indiretta conferma nell'art. 83-bis l.fall. («se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito»), poiché anche il compromesso per arbitrato – atto negoziale riconducibile all'istituto del mandato collettivo ex art. 1726 c.c., o di quello conferito nell'interesse anche di terzi ex art. 1723, comma 2, c.c. (v. Cass. 3803/2010, 21836/2009, 19298/2006, che pure nel regime vigente *ante* riforma 2006 ne traggono l'inoperatività dello scioglimento ex art. 78 l.fall.), se contenuto, come apposita clausola, in un contratto che viene sciolto, ne subisce le sorti (v. Cass. Sez. U, 10800/2015).

6. – All'accoglimento dei primi due motivi di ricorso, con assorbimento del terzo, segue la cassazione della sentenza impugnata, con rinvio alla Corte di appello di Trieste che si dovrà attenere ai principi sopra richiamati.

P.Q.M.



La Corte accoglie i primi due motivi di ricorso, assorbito il terzo, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di appello di Trieste, in diversa composizione, cui rimette anche la statuizione sulle spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 20/05/2022

Il Presidente

