

La tutela dei subappaltatori di contratti pubblici: una promessa che svanisce al momento del bisogno?

1. Premessa

La norma che delinea la vigente disciplina del subappalto nei contratti pubblici, rappresentata dall'art. 119 del d.lgs. n. 36/2023, presenta, alla prova dei fatti, una certa ambiguità sul piano dell'effettività della tutela dei crediti vantati dai subappaltatori: da un lato, il Legislatore ha oramai consolidato il meccanismo del pagamento diretto obbligatorio intorno a tre ipotesi tassative (subappaltatore micro/piccola impresa, inadempimento dell'appaltatore principale, espressa richiesta del subcontraente se la natura del contratto lo consente); dall'altro lato, nei casi in cui il pagamento resta mediato attraverso l'appaltatore principale, il rischio che l'appaltatore incassi da un committente "distratto" i corrispettivi via via contabilizzati a suo favore senza essere assoggettato alla preventiva verifica dei pagamenti alle imprese subappaltatrici, effettive esecutrici della prestazione, non sembra definitivamente scongiurato.

Le presenti note si propongono di approfondire e di verificare il grado di effettività della tutela legale dei crediti dei subappaltatori di contratti pubblici, non solo nei casi, invero frequenti, di accertata insolvenza dell'appaltatore, ma anche nelle ipotesi in cui i committenti adottino, spesso su base negoziale, interpretazioni e applicazioni restrittive o condizionate del comma 11 dell'art. 119.

2. L'evoluzione della disciplina speciale a tutela dei crediti del subappaltatore.

A distanza di appena un anno dall'entrata in vigore della prima disciplina organica del subappalto di opere pubbliche – introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55 (cosiddetta Legge antimafia) - l'art. 34 del d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, vi introdusse il comma 3-bis, a termini del quale *"Nel bando di gara l'amministrazione o ente appaltante deve indicare che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dei lavori dagli stessi eseguiti o, in alternativa, che è fatto obbligo ai soggetti aggiudicatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi aggiudicatari via via corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Nel caso di pagamento diretto i soggetti aggiudicatari comunicano all'amministrazione o ente appaltante la parte dei lavori eseguiti dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivazione di pagamento."*

Tale norma, come chiarito dalla determinazione dell'allora denominata AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI n. 8 del 26 marzo 2003, è sopravvissuta alla legge n. 109/1994 e al relativo regolamento di attuazione n. 554/1999 ed è stata abrogata, ma sostanzialmente riprodotta, nell'art. 118, comma 3, del d.lgs. 163/2006 ("Codice De Lise"), che confermava lo schema basato sull'alternatività, da sciogliersi attraverso una apposita clausola da inserire nel bando di gara (o

nell'equipollente atto di avvio di una qualsivoglia procedura selettiva) tra pagamento diretto dei subappaltatori e pagamento "mediato" attraverso l'appaltatore. Peraltro, fu solo con il d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 (noto come secondo correttivo al Codice De Lise) che fece ingresso nel nostro ordinamento l'obbligo per le stazioni appaltanti – nel caso in cui, ovviamente, la scelta fosse caduta, nel bando, per il pagamento "mediato" - di sospendere i pagamenti dovuti agli appaltatori che non avessero trasmesso entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate.

In una fase storica in cui raramente le stazioni appaltanti optavano per il pagamento diretto dei subappaltatori e dei cottimisti, in ragione delle evidenti complicazioni contabili e procedurali che tale modalità comporta, la sanzione della sospensione dei pagamenti dovuti agli appaltatori inadempienti nei confronti dei propri subappaltatori rivelò presto il suo "effetto collaterale indesiderato", consistente nella definitiva interruzione dei flussi finanziari non solo a carico dell'appaltatore, ma anche dei suoi subappaltatori e cottimisti, con conseguente aggravamento della sofferenza di questi ultimi e altrettanto conseguente sospensione dell'attività di cantiere.

In sintesi: il meccanismo della sospensione obbligatoria dei pagamenti dovuti agli appaltatori inadempienti verso i propri subappaltatori, se, nelle intenzioni del Legislatore, avrebbe dovuto rappresentare un forte incentivo per gli appaltatori ad osservare le scadenze di pagamento verso i propri subappaltatori, nella pratica si è prestato, da un lato, ad espedienti fortemente elusivi - quali pattuizioni di scadenze di pagamento verso i subappaltatori ben più lunghe di quelle previste dal contratto di appalto a monte, adozioni di sistemi di contabilità diversi rispetto a quello previsti dal contratto di appalto – e, dall'altro, non ha comunque evitato che l'ultimo anello della filiera finanziaria delle commesse pubbliche, ossia il subappaltatore, fosse il primo a risentire del blocco dei pagamenti, in quanto soggetto al quale fa carico il reperimento dei mezzi di produzione (uomini, mezzi, materiali).

Con l'art. 13, comma 2, lett. a) della Legge n. 180/2011 (Statuto delle Imprese) il Legislatore tentò una prima quanto timida e maldestra reazione, disponendo che *"Nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese, la pubblica amministrazione e le autorità competenti, purché ciò non comporti nuovi o maggiori oneri finanziari, provvedono a:a) suddividere, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 29 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, gli appalti in lotti o lavorazioni ed evidenziare le possibilità di subappalto, garantendo la corresponsione diretta dei pagamenti da effettuare tramite bonifico bancario, riportando sullo stesso le motivazioni del pagamento, da parte della stazione appaltante nei vari stati di avanzamento"*. Norma talmente ambigua da essersi infranta contro una interpretazione giurisprudenziale che la ha derubricata a disposizione di carattere organizzativo, volta a definire le modalità operative del pagamento diretto mediante bonifico bancario con specificazione della relativa causale, valevole solo nelle ipotesi in cui la stazione appaltante avesse già esercitato la facoltà – giammai l'obbligo – di pagare direttamente i subappaltatori, secondo lo schema normativo

risalente al 1990 e sopra ricordato (cfr. Cass. civ., sentenza n. 21525/2024 e, tra le diverse sentenze di merito, Corte d'appello di Cagliari, sentenza 11 ottobre 2023, n.332).

Con il D.L. 145/2013, convertito in legge nella legge n. 9/2014 fu infine introdotta nel già citato comma 3 dell'art. 118 del Codice De Lise la possibilità per le stazioni appaltanti di optare per il pagamento diretto dei subappaltatori anche ad appalto iniziato ed in deroga a quanto previsto nel bando di gara *“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”*. Facoltà rafforzata nei casi di assoggettamento dell'appaltatore a concordato preventivo con continuità aziendale, da attuarsi *“secondo le determinazioni presso il Tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura”* (art. 118, comma 3 bis, introdotto dal citato D.L. 145/2013).

Pertanto, è solo con l'art. 105, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016 che il Legislatore abbandona lo schema dell'alternatività, da sciogliersi facoltativamente nel bando di gara, tra pagamento *“mediato”* e pagamento diretto e adotta lo schema della obbligatorietà *ex lege* del pagamento diretto, circoscrivendo peraltro la detta obbligatorietà entro tre fattispecie tassative (subappaltatore micro o piccola impresa; inadempimento dell'appaltatore, richiesta del subappaltatore). Schema, come noto, pedissequamente confermato dall'art. 119, commi 11, del vigente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023).

Al di fuori delle ipotesi di pagamento diretto obbligatorio, è apparentemente scomparso, a partire dal d.lgs. n. 50/2016, l'obbligo della stazione appaltante di sospendere i pagamenti dovuti all'appaltatore inadempiente verso i propri subappaltatori; al posto del quale è stato introdotto il ben più generico dovere della *“stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione oppure il direttore dell'esecuzione”* di verificare *“l'effettiva applicazione della presente disposizione”*, ossia l'obbligo dell'appaltatore di assicurare ai dipendenti del subappaltatore le stesse tutele economiche e normative previste dal CCNL applicato ai propri dipendenti (art. 119, comma 12 d.lgs. n. 36/2023).

Tale vuoto normativo è stato immediatamente percepito dagli operatori e trova riflesso nel Parere del MIT n. 3165 del 30 gennaio 2025, a termini del quale, al di fuori delle ipotesi tassative di pagamento diretto del subappaltatore, sarebbe tuttora dovere del RUP verificare le quietanze di pagamento rilasciate dai subappaltatori prima di pagare l'appaltatore. Pur a costo di una certa forzatura del tenore letterale della norma, la legittima esigenza di presidiare i crediti dei subappaltatori anche al di fuori delle citate ipotesi tassative di cui all'art. 119, comma 11, trova quindi doverosa quanto condivisibile – come si dirà meglio al successivo § 4 – copertura.

3. Il pagamento diretto del subappaltatore nel quadro della disciplina generale dei contratti e delle obbligazioni.

L'analisi critica della tutela rafforzata dei crediti del subappaltatore che si trovi ad operare nel contesto di un appalto pubblico non può che partire dal comma 11 dell'art. 119 del vigente codice

dei contratti pubblici, che ne rappresenta la declinazione vigente e la punta più avanzata. Si è già ricordato che la norma appena citata rende obbligatorio il pagamento diretto del subappaltatore al ricorrere di tre ipotesi tassative (quando il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa; in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore; su richiesta del subcontraente e se la natura del contratto lo consente) che, anche ad una lettura superficiale, rivelano sensibili differenze concettuali e funzionali.

La prima ipotesi, relativa alla modesta caratura economico-dimensionale del subappaltatore (microimpresa o piccola impresa)¹ ricalca la struttura di una norma imperativa che attribuisce in capo al subappaltatore che rivesta quel requisito soggettivo un diritto verso la stazione appaltante, che, a sua volta, assume la correlata obbligazione di pagamento, indipendentemente da ogni manifestazione di volontà.

La seconda ipotesi prescinde dalla caratura economico-dimensionale del subappaltatore, per assumere i connotati di una sorta di obbligazione sussidiaria, che soccorre quando il pagamento “mediato” dall'appaltatore si inceppa.

La terza ipotesi prescinde non solo dalla caratura economico -dimensionale del subappaltatore, ma anche dall'inosservanza da parte dell'appaltatore dell'obbligo di pagare i propri subappaltatori, venendo in rilievo alla sola condizione che il subappaltatore ne faccia richiesta e sempre che la natura del contratto lo consenta.

Ciascuna delle tre ipotesi va collocata nella prospettiva dell'orientamento storicamente consolidato in materia di rapporto tra contratto di appalto e contratto di subappalto, che vuole l'uno perfettamente distinto, separato ed indipendente dall'altro, in forza del principio espresso dall'art. 1372 c.c.². Il che pare escludere che i sopra descritti diritti e obblighi reciproci di pagamento diretto, intercorrenti tra committente e subappaltatore, possano trovare fonte contrattuale, rendendo specularmente più plausibile l'ipotesi che si tratti, in tutti e tre i casi, di obbligazioni scaturenti direttamente dalla legge. Tanto, tuttavia, non basta per qualificare esattamente natura e contenuto delle suddette obbligazioni, poiché le obbligazioni di fonte legale conosciute dal nostro ordinamento (obbligo del committente di soddisfare i crediti degli ausiliari e dei dipendenti di appaltatore e subappaltatore – art. 1676 c.c.; gestione di affari altrui -art. 2028 c.c.; pagamento dell'indebito - artt. 2033, 2040 c.c.; arricchimento senza causa -artt. 2041, 2042 c.c.) presentano caratteristiche e modalità di funzionamento diverse l'una dall'altra.

¹ Ai fini degli obblighi di redazione del bilancio, delle esenzioni contabili e della rendicontazione di sostenibilità (ESG), l'Unione Europea ha innalzato i limiti dimensionali per compensare l'inflazione tramite la Direttiva Delegata (UE) 2023/2775. A termini di tale direttiva un'impresa rientra in queste categorie se, alla data di chiusura del bilancio, non supera almeno due dei seguenti tre limiti:

Categoria	Dipendenti	Ricavi Netti	Totale Stato Patrimoniale
Microimpresa	Fino a 10	≤ € 900.000,00	€ 450.000,00
Piccola Impresa	Fino a 50	≤ € 10.000.000,00	€ 5.000.000,00

Al riguardo, già prima del 2016, quando il pagamento diretto era una mera facoltà della stazione appaltante da esercitarsi nel bando di gara, l'allora denominata Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP) con delibera AG 4/12 del 17 maggio 2012, e prima ancora la Cassazione (Cass. civ. sez. II, 21 ottobre 2009, n. 22344; Cass. civ. sez. I, 9 settembre 2004, n. 18196), avevano affermato che anche in caso di pagamento diretto non si crea tra stazione appaltante e subappaltatore alcun rapporto diretto di debito-credito, in ragione dell'elevato grado di autonomia del subappalto rispetto al contratto principale.

Sulla stessa linea va segnalata la sentenza del Tribunale di Roma n. 18327 del 13 dicembre 2022, che ha espressamente qualificato il meccanismo di tutela introdotto dal comma 13 dell'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 (oggi integralmente trasfuso nel comma 11 del vigente art. 119) come delegazione di pagamento *ex lege* ai sensi dell'art. 1269 c.c., precisando che la stazione appaltante non si aggiunge al debitore principale con un'obbligazione autonoma, ma interviene solo in funzione solutoria nei limiti della provvista destinata al pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore (così, anche, Tribunale di Bologna, sentenza n. 2686 del 31 ottobre 2022), a ulteriore conferma che i rapporti fra le tre parti coinvolte (committente, appaltatore e subappaltatore) restano autonomi perché sorti da distinti contratti. Il che, a mente delle linee distintive tra "*delegatio promittendi*" ex art. 1268 c.c. e "*delegatio solvendi*" ex art. 1269 tracciate dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 7945 del 20 aprile 2020 - secondo cui nella prima il delegato è direttamente obbligato verso il delegatario e questi può agire direttamente verso il delegato, mentre nella seconda è esclusa l'azione diretta del delegatario verso il delegato – significa che il subappaltatore/delegatario non avrebbe in alcun caso azione diretta verso il committente/delegato, potendo agire, in caso di inadempimento, unicamente verso l'appaltatore/delegante (in tal senso si vedano Cass. n. 23447/2022; Cass. n. 8070/2025).

Sul piano sistematico, se è vero che quando l'ordinamento ha voluto riconoscere a soggetti estranei ad un rapporto contrattuale azione diretta verso una delle parti del detto rapporto lo ha fatto in maniera espressa, come nei casi dell'art. 1676 c.c. e dell'art. 29 del d.lgs. 276/2003, è altrettanto vero che, sul piano pratico, negare al subappaltatore insoddisfatto che rientri in una delle fattispecie di cui all'art. 119, comma 11, l'azione diretta verso il committente significa svuotare la norma di senso e di utilità effettive, vanificando l'obiettivo di riconoscere ai subappaltatori di contratti pubblici una tutela rafforzata rispetto ad altri operatori economici coinvolti nella filiera dei contratti pubblici.

Gli effetti di tale interpretazione restrittiva dell'istituto del pagamento diretto disciplinato dall'art. 119, comma 11, si manifestano in tutta la loro dirompente evidenza nel caso di fallimento dell'appaltatore, intervenuto il quale, muovendo dalle direttrici tracciate dalla nota sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 5685/2020 (e le successive ordinanze conformi, tra cui Cass. n. 16708/2020, n. 24472/2021, n. 126/2022, n. 23447/2022 e n. 23522/2022)³, la giurisprudenza di merito prevalente continua ad affermare, anche nel nuovo contesto normativo venutosi a delineare

³Con riferimento ad un appalto stipulato sotto il regime del codice De Lise come novellato dal "secondo correttivo" la Suprema Corte ha stabilito che la sospensione dei pagamenti è una misura di autotutela coordinata al sinallagma contrattuale dell'appalto in corso e preordinata al primario interesse pubblico alla regolare esecuzione dell'opera. Con la dichiarazione di fallimento o insolvenza, il contratto di appalto si scioglie (ex art. 81 L.F. / art. 140 D.Lgs. 163/2006) e il meccanismo sospensivo diventa inapplicabile.

a partire dal 2016, che il corrispettivo delle opere eseguite fino allo scioglimento del contratto di appalto – quale effetto “naturale”, salvo eccezioni, del fallimento o della liquidazione giudiziale (cfr. artt. 81 l.f. e 186 del vigente CCII) spetta esclusivamente alla Curatela o al Commissario Straordinario; mentre il subappaltatore insoddisfatto non ha diritto alla prededuzione ex art. 111 L.F. né al pagamento diretto post-fallimento, ma viene degradato a semplice creditore chirografario dell'appaltatore decotto, tenuto ad insinuarsi al passivo nel rispetto della *par condicio creditorum*. (in tal senso si vedano, tra le altre, Trib. Roma nn. 9293/2023, 925/2025, 3401/2025, 3950/2025, 5001/2025; Trib. Messina n. 17036/2025).

Non che non si registrino orientamenti⁴ e sentenze di segno contrario, come la pronuncia del Tribunale di Foggia, sez. II, 1 luglio 2025, n. 1306, secondo cui l'obbligo di sospensione dei pagamenti dovuti all'appaltatore che non paga i propri subappaltatori va interpretato nel senso che la stazione appaltante sia comunque tenuta a pagare direttamente il dovuto al subappaltatore, e che l'omesso controllo ascrivibile alla stazione appaltante genera un danno pari alla somma spettante, da risarcire integralmente; ovvero ancora come le sentenze del Tribunale di Reggio Emilia n. 498/2021 e del Tribunale di Roma n. 14017/2023 del 3 ottobre 2023 e n. 932/2024 del 18 gennaio 2024. In particolare, secondo il Tribunale capitolino, il combinato disposto tra l'art. 118, comma 3 del d.lgs. 163/2006 e l'art. 13, comma 2 della Legge 180/2011 (lo Statuto delle Imprese ricordato al precedente paragrafo, che fu il primo quanto maldestro tentativo di affrancare il subappaltatore dai travagli finanziari dell'appaltatore) comporta l'obbligo di pagamento diretto della stazione appaltante in favore delle micro, piccole e medie imprese (PMI) subappaltatrici; così definendo espressamente il titolo di tale obbligo e della connessa responsabilità del committente pubblico come autonomo e concorrente rispetto a quello dell'appaltatore principale. Ma certo è che nessuna di queste pronunce minoritarie, pur esprimendo la condivisibile esigenza di dare effettività al declamato obiettivo di politica legislativa di rafforzare la tutela dei crediti dei subappaltatori, affronta e risolve in maniera compiuta la questione dell'inquadramento sistematico della supposta obbligazione autonoma ed incondizionata di pagamento diretto in capo al committente pubblico.

A tale riguardo, pare a chi scrive che l'architettura logico della questione vada individuato nel rapporto tra art. 1372 c.c. (*“Il contratto ha forza di legge tra le parti”*) e disciplina organica del subappalto di contratti pubblici, espressa dall'intero corpo normativo contenuto nell'art. 119, e non solo dal suo comma 11. In tale prospettiva, il principio fondamentale che regge la nostra disciplina generale dei contratti e che vorrebbe il contratto di subappalto pubblico - benché “derivato” dall'appalto pubblico – da questo comunque completamente autonomo quanto a rapporti obbligatori che ne scaturiscono (schema rispetto al quale, sia detto per inciso, l'idea che non ci sarebbe bisogno di “scomodare” la delegazione cumulativa di debito ex art. 1268 c.c. per spiegare l'istituto del pagamento diretto sembra effettivamente più che ragionevole) merita di essere sottoposto a profonda revisione critica in presenza delle molteplici disposizioni dell'art. 119 che prevedono, al contrario, effetti “passanti” e clausole simmetriche tra appalto e subappalto: si pensi all'art. 119 comma 2-bis, secondo cui *“Nei*

⁴Giuliano Taglianetti, *“Il pagamento diretto della stazione appaltante al subappaltatore: obbligo o facoltà”*, in Munus (rivista on line).

contratti di subappalto o nei subcontratti comunicati alla stazione appaltante ai sensi del comma 2 è obbligatorio l'inserimento di clausole di revisione prezzi riferite alle prestazioni o lavorazioni oggetto del subappalto o del subcontratto e determinate in coerenza con quanto previsto dagli articoli 8 e 14 dell'allegato II.2.-bis, che si attivano al verificarsi delle particolari condizioni di natura oggettiva di cui all'articolo 60, comma 2"; ovvero al comma 6, a termini del quale "Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto"; ovvero ancora al comma 7, secondo cui "L'affidatario è tenuto ad osservare il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni secondo quanto previsto all'articolo 11. È, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto nel rispetto di quanto previsto dal comma 12"; ed infine al comma 12, ove si legge che "Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, è tenuto ad applicare il medesimo contratto collettivo di lavoro del contraente principale, ovvero un differente contratto collettivo, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele economiche e normative di quello applicato dall'appaltatore, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le prestazioni relative alla categoria prevalente. Nei casi di cui all'articolo 11, comma 2-bis, il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, è tenuto ad applicare il contratto collettivo di lavoro individuato ai sensi del medesimo articolo 11, comma 2-bis, ovvero un differente contratto collettivo, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele economiche e normative del contratto individuato ai sensi del predetto comma 2-bis. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione oppure il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di quest'ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente".

Tutte disposizioni, quelle sopra testualmente riportate, che dimostrano che con la firma di un contratto di appalto pubblico sia il committente che l'appaltatore acquistano e, rispettivamente, assumono un complesso fascio di diritti e di obbligazioni "passanti", i cui contenuti ed effetti vengono automaticamente estesi non solo alle parti stipulanti – committente ed appaltatore – ma anche a terze parti future, ossia i subappaltatori. I quali, con la firma del contratto di subappalto, non potranno certo sottrarsi alla responsabilità diretta verso il committente per le specifiche prestazioni affidate loro, pur non avendo sottoscritto alcun contratto con il committente stesso; né potranno sottrarsi all'obbligo di applicare ai loro dipendenti lo stesso trattamento economico e normativo che l'appaltatore si è obbligato verso il committente ad assicurare ai propri dipendenti; così come non potranno rinunciare al corrispettivo "pieno" per le prestazioni di manodopera né derogare alla revisione prezzi, così come previsti e regolati dal contratto di appalto.

In siffatto contesto, continuare a sostenere che il contratto di appalto pubblico e i contratti di subappalto dallo stesso derivati producono effetti solo tra le rispettive parti stipulanti significa, francamente, chiudere gli occhi rispetto ad un ordito normativo che esprime chiare indicazioni di segno contrario. Ed allora, una volta ridimensionata la portata dell'art. 1372 c.c. rispetto al perimetro della disciplina speciale del subappalto di contratti pubblici, diventa molto più agevole collocare anche l'istituto del pagamento diretto al di fuori delle tradizionali figure del diritto delle obbligazioni civilistiche e parlare di obbligazione del committente di fonte legale, autonoma e speciale; a fronte della quale non può non riconoscersi una azione diretta dei subappaltatori verso il committente stesso. Azione perfettamente speculare, del resto, all'azione diretta che il committente pubblico può esercitare verso il subappaltatore per vizi e difetti delle prestazioni eseguite, in forza del comma 6 dell'art. 119.

Non è questa la sede per andare oltre gli appena delineati spunti di riflessione. Basti aver delineato per sommi capi le linee di possibili ulteriori approfondimenti che definiscano compiutamente le caratteristiche della obbligazione di fonte legale appena delineata, soprattutto nelle diverse declinazioni prospettate dal comma 11 dell'art. 119; dove, al fianco di una obbligazione di pagamento diretto che sembra necessariamente coeva e contestuale alla firma del contratto di subappalto – quella della lettera *a*) – troviamo le altre due fattispecie che sembrano invece presupporre un contratto di appalto originariamente improntato al modulo del pagamento “mediato”, sul quale viene ad innestarsi in un secondo momento l'obbligo di pagamento diretto, quale conseguenza dell'inadempimento dell'appaltatore rispetto al detto pagamento “mediato” ovvero della richiesta esplicita del subappaltatore.

4. La mancata verifica delle fatture quietanzate come illecito aquiliano.

Si è già ricordato che l'obbligo del committente di chiedere all'appaltatore prova del pagamento dei propri subappaltatori e di sospendere i pagamenti dovuti all'appaltatore che tale prova non fornisca è apparentemente scomparso dall'ordito normativo che oggi regge, attraverso l'art. 119 del d.lgs. n. 36/2023, il subappalto di contratti pubblici. Si è anche ricordato, peraltro, che il MIT, con il parere n. 3165 del 30 gennaio 2025, ha affermato che tali obblighi devono tuttora ritenersi radicati in capo al RUP di ciascun appalto pubblico in ragione del combinato disposto del comma 11 dell'art. 119 - che, tra le ipotesi di pagamento diretto al subappaltatore, prevede anche il caso di inadempimento da parte dell'appaltatore – e del comma 12 dello stesso art. 119, che prevede che la stazione appaltante deve verificare che l'affidatario corrisponda i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso. Pur nella sua sinteticità, propria dei pareri del MIT previsti dall'articolo 223, comma 10, del d.lgs. n. 36/2023, la motivazione coglie nel segno, perché se una delle ipotesi alla quale è legato il pagamento diretto del subappaltatore si identifica con l'inadempimento dell'appaltatore verso lo stesso subappaltatore, tanto non può prescindere da un costante controllo e monitoraggio dei flussi finanziari tra appaltatore e subappaltatore né, ove tale controllo riveli delle patologie, dalla sospensione dei pagamenti contrattualmente dovuti all'appaltatore, al fine di evitare che il committente si trovi costretto a pagare due volte le stesse prestazioni.

Si tratta quindi di due adempimenti concatenati tra loro -controllare la regolarità dei pagamenti dovuti dall'appaltatore ai subappaltatori e astenersi dal pagare l'appaltatore inadempiente – che, pur se non esplicitati dall'art. 119, comma 11, lett. b) del vigente codice dei contratti pubblici, ne rappresentano un antecedente logico e un presupposto materiale imprescindibile, senza i quali la norma stessa produrrebbe effetti illogici e, per così dire, devastanti: quello di dover pagare due volte la stessa prestazione, ove si ritenesse che il diritto del subappaltatore al pagamento diretto non possa incontrare limiti nella provvista finanziaria dell'appalto o, all'opposto, quello di elidere e vanificare completamente il detto diritto, ove si ritenesse che esso trovi invece un limite invalicabile nella provvista finanziaria dell'appalto. Nel primo caso si sovvertirebbe la disciplina contabile e finanziaria degli appalti e, prima ancora, la tenuta stessa dei conti pubblici; nel secondo caso si svuoterebbe completamente di significato e di contenuti il diritto al pagamento diretto, che resterebbe un manifesto formale privo di efficacia pratica.

In tale prospettiva ermeneutica merita di essere sottoposto a revisione critica anche l'impianto motivazionale della sopra ricordata sentenza n. 5685/2020 della Cassazione a Sezioni Unite, fondato sull'assunto che la sospensione dei pagamenti in danno dell'appaltatore moroso verso i suoi subappaltatori risponderebbe unicamente all'interesse pubblico al completamento dell'opera, degradando la tutela del subappaltatore a un interesse meramente riflesso o di mero fatto. In realtà - premesso che la stessa sentenza delle Sezioni Unite (al punto 5.2 del considerato in diritto) contiene un passaggio che smentisce la netta contrapposizione tra interesse pubblico e interesse privato, riconoscendo espressamente la sussistenza di un «*nesso intrinseco, e non occasionale*» tra l'interesse pubblico al completamento dell'opera e la soddisfazione dei crediti dei subappaltatori – tale preminenza soverchiante dell'interesse pubblico al completamento dell'opera rispetto all'interesse privato dei subappaltatori ad essere pagati risulta comunque oramai superato dall'ordito normativo espresso dall'art. 119, dal quale emerge che la tutela dei subappaltatori risponde, innanzitutto, al ben delineato interesse pubblico a favorire l'accesso al mercato dei contratti pubblici alle micro, alle piccole e alle medie imprese, a sua volta tributario dell'obiettivo assegnato agli Stati membri dal “Considerando” 78 della Direttiva 2014/24/UE⁵ e dall'art. 78 della medesima Direttiva⁶.

Quindi non si tratta, semplicemente, di creare e di assicurare il mantenimento delle condizioni affinché un'opera pubblica sia portata a termine, ma di perseguire un ambizioso obiettivo di politica industriale e, più in generale, economica, attraverso la configurazione di strumenti, istituti e mezzi di tutela di carattere procedimentale, negoziale e giudiziale volti a costituire un “ambiente” favorevole per operatori economici di caratura modesta. Del resto, la sentenza n. 5685/2020 delle SS.UU. sopra citata interveniva in un contesto normativo di salvaguardia della posizione del subappaltatore (art. 118, comma 3, d.lgs. 163/2006 nella sua formulazione originaria) basato su un meccanismo meramente conservativo/sospensivo (la sospensione dei pagamenti, appunto), che

⁵ “Gli Stati membri dovrebbero avere la facoltà di creare meccanismi per il pagamento diretto ai subappaltatori” al fine di proteggere la parte più debole della filiera produttiva”

⁶ Prevede la facoltà per gli Stati membri di stabilire che, su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, la stazione appaltante possa o debba trasferire i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i lavori, i servizi o le forniture eseguiti

solo successivamente si è poi trasformato in un diritto dello stesso subappaltatore al pagamento diretto dei corrispettivi da parte del committente pubblico.

Pertanto, nell'attuale contesto normativo ed interpretativo, ormai giunto a maturazione dopo dieci anni di applicazione (parliamo di norme sul subappalto che, salvo qualche modifica, sono vigenti dal 2016), i due adempimenti concatenati tra loro ai quali, come evidenziato sopra, tutte le stazioni appaltanti devono attendere - ossia controllare la regolarità dei pagamenti dovuti dall'appaltatore ai subappaltatori e astenersi dal pagare l'appaltatore inadempiente verso i suoi subappaltatori - esprimono veri e propri obblighi di legge che rispondono ad un ben preciso interesse pubblico, prima ancora di presidiare anche l'interesse privato dei subappaltatori di contratti pubblici.

In tale prospettiva non è necessario risolvere compiutamente la questione lasciata aperta nel precedente paragrafo perché, anche attestandosi sulla linea della giurisprudenza a tutt'oggi dominante, secondo cui appalto e subappalto pubblico restano contratti assolutamente distinti e separati l'uno dall'altro, la configurabilità come danno ingiusto risarcibile, a termini dell'art. 2043 c.c., del pregiudizio arrecato al diritto di credito dei subappaltatori ad opera di atti e di condotte del committente illegittimi ed illeciti è perfettamente coerente con la ipotizzata autonomia dei due contratti; e ciò perché, sul piano generale, la figura della risarcibilità ex art. 2043 c.c. della lesione di un diritto di credito da parte di un soggetto estraneo al rapporto obbligatorio di fonte contrattuale è più che consolidata in giurisprudenza (a partire da Cass. SS.UU. n. 174/1971 (caso Meroni), fino a Cass. n. 2105/1980, n. 13673/2006, n. 11695/2018 e n. 31536/2018).

Facendo applicazione di tali principi al rapporto tra committente e subappaltatore, una nota sentenza della Corte d'Appello di Torino (n. 1857/2017) ed alcune pronunce del Tribunale di Roma (sentenze n. 5944/2021, n. 14017/2023 e n. 932/2024) hanno quindi esplicitamente affermato che il committente pubblico che eroghi somme all'appaltatore senza prima chiedere e verificare le quietanze dei pagamenti da quest'ultimo dovuti ai propri subappaltatori pone in essere un illecito aquiliano, connotato da colpa specifica per violazione dei doveri di controllo sopra indicati; così condannando il suo autore, ossia il committente, al risarcimento del danno ingiusto subito dal subappaltatore, pari alla perdita delle somme che il detto committente pubblico avrebbe dovuto trattenere a carico dell'appaltatore, se avesse effettuato i controlli impostigli dalla legge.

Tali pronunce - pur quantitativamente minoritarie rispetto ad altre dello stesso Tribunale di Roma (es. sentenze nn. 9293/2023, 925/2025, 3401/2025, 3950/2025) e del Tribunale di Messina (sentenza n. 17036/2025)⁷ - muovendo da una lettura della vigente disciplina del subappalto pubblico scevra dai retaggi logico-giuridici provenienti dal quadro normativo antecedente al 2016, sembrano capaci di generare frutti migliori e più longevi nel prossimo futuro. L'ultimo paragrafo delle presenti note è quindi dedicato all'approfondimento delle connotazioni del danno subito dal subappaltatore per effetto dell'appena descritto illecito del committente.

⁷ Le dette pronunce sono tutte fondate, essenzialmente, sulla "vecchia" idea che gli obblighi di controllo e di sospensione dei pagamenti siano posti esclusivamente a salvaguardia dell'interesse pubblico al completamento dell'opera e che il credito del subappaltatore benefici, quasi occasionalmente, di una tutela riflessa, che viene meno al venir meno dell'interesse pubblico sopra indicato.

5. Danno ingiusto risarcibile e fallimento dell'appaltatore.

Si è appena ricordato che le pronunce che hanno configurato l'omesso controllo dei pagamenti dovuti ai subappaltatori come condotta illecita hanno identificato il danno ingiusto risarcibile nella perdita delle somme che il committente pubblico avrebbe dovuto trattenere a carico dell'appaltatore, se avesse effettuato i controlli impostigli dalla legge.

Il nostro ordinamento fiscale conosce la figura delle "perdite su crediti" (art. 101, comma 5, del Testo unico del 22 dicembre 1986 n. 917), che diventano deducibili *"se il debitore è assoggettato a procedure concorsuali o ha concluso un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 o un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 o è assoggettato a procedure estere equivalenti, previste in Stati o territori con i quali esiste un adeguato scambio di informazioni. Ai fini del presente comma, il debitore si considera assoggettato a procedura concorsuale dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa o del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo o del decreto di omologazione dell'accordo di ristrutturazione o del decreto che dispone la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi o, per le procedure estere equivalenti, dalla data di ammissione ovvero, per i predetti piani attestati, dalla data di iscrizione nel registro delle imprese. Gli elementi certi e precisi sussistono in ogni caso quando il credito sia di modesta entità e sia decorso un periodo di sei mesi dalla scadenza di pagamento del credito stesso. Il credito si considera di modesta entità quando ammonta ad un importo non superiore a 5.000 euro per le imprese di più rilevante dimensione di cui all'articolo 27, comma 10, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, e non superiore a 2.500 euro per le altre imprese. Gli elementi certi e precisi sussistono inoltre quando il diritto alla riscossione del credito è prescritto. Gli elementi certi e precisi sussistono inoltre in caso di cancellazione dei crediti dal bilancio operata in applicazione dei principi contabili."* E, in effetti, le sentenze sopra citate che hanno deciso su domande di risarcimento del danno da perdita del credito imputata al committente negligente che non aveva controllato che l'appaltatore avesse regolarmente pagato i suoi subappaltatori si riferiscono tutte - sia quelle che tali domande hanno accolto, sia quelle che le hanno respinte - a casi in cui l'appaltatore improvvidamente pagato dal committente pubblico era successivamente fallito o era stato assoggettato ad altra procedura concorsuale. E' infatti evidente, sul piano pratico, che l'accertata insolvenza dell'appaltatore, facendo seguito a tentativi infruttuosi di recupero dei crediti per via esecutiva "ordinaria", rappresenta quasi sempre per i subappaltatori insoddisfatti l' "innesco" effettivo delle iniziative giudiziali verso il committente.

In questa prospettiva, la citata giurisprudenza ha fatto emergere almeno due questioni:

- a) quale sia, da un punto di vista civilistico, l' *"eventus damni"* effettivamente risarcibile;
- b) quale sia il rapporto tra l'esigenza di assicurare la *par condicio* tra i creditori dell'appaltatore, propria delle procedure concorsuali, e l'aggressione in via diretta del patrimonio del committente non fallito, da cui, almeno dal punto di vista pratico e concreto, quella *par condicio* sembra effettivamente scardinata.

Prima di esaminare dettagliatamente i due profili sopra indicati occorre precisare che, se il fallimento dell'appaltatore rappresenta, almeno dal punto di vista concreto, l'evento che il subappaltatore insoddisfatto percepisce come danno oramai certo ed irreversibile, il comportamento antigiusuristico che di quel danno è l'imprescindibile antecedente logico e materiale si perfeziona necessariamente ben prima del fallimento, quando il committente, a contratto di appalto ancora in corso di esecuzione, liquida incautamente l'intero corrispettivo all'appaltatore senza prima controllare i pagamenti dovuti da questo ai subappaltatori. Quindi una cosa è l'illecito, che si consuma prima del fallimento, altro è il danno, che si avvera, nella maggior parte di casi, con la dichiarazione di insolvenza.

Venendo quindi alla identificazione dei connotati del danno subito dai subappaltatori insoddisfatti (questione a), occorre innanzitutto considerare che, alla stessa stregua di quanto accade nel settore tributario, la "perdita" di un diritto di credito non si colloca sul piano degli eventi naturali, come invece i danni a persone o a cose (la procurata frattura di una gamba o l'ammaccatura della carrozzeria a seguito di uno scontro tra veicoli), bensì su quello, astratto, delle categorie giuridiche: dire che un credito è "perduto" non trova un riscontro in natura, ma implica necessariamente un giudizio, basato sulla complessa valutazione dell'ordinamento normativo che regola tempi, luoghi e modalità di esazione e soddisfazione, anche coattiva e giudiziale, dei crediti. Non a caso il principale caso in presenza del quale il credito insoddisfatto diventa fiscalmente deducibile è rappresentato dal fallimento del debitore, nonostante, a ben vedere, non sia logicamente e giuridicamente incompatibile con il recupero effettivo, in tutto o in parte, del credito. Cionondimeno, l'ordinamento equipara convenzionalmente il fallimento alla perdita del credito perché rende il recupero più improbabile e molto più differito nel tempo.

Pertanto, l'accertamento della "perdita" del credito consiste, inevitabilmente, nell'esito di un giudizio probabilistico e non in un fatto storico e materiale. Dal che deriva, sul piano processuale, che la relativa prova non potrà che consistere in una prova indiziaria e presuntiva; a meno di non trasformarla in una prova diabolica, che finirebbe per vanificare, in concreto, la possibilità stessa di tutela effettiva del danno: come si può "provare" in senso stretto una circostanza che in natura non esiste?

Tanto chiarito, emerge nitidamente che la "perdita" di un credito non può esaurirsi ai casi in cui il relativo diritto sia diventato assolutamente non "giustiziabile" e/o definitivamente estinto, ma deve necessariamente comprendere anche le ulteriori ipotesi in cui le possibilità di integrale recupero in tempi ragionevoli siano marcatamente compromesse o comunque sensibilmente ridotte.

In tale prospettiva si è già ricordato che l'accertata insolvenza dell'appaltatore rappresenta il punto di definitivo arresto delle tutele rafforzate del subappaltatore, tanto più nell'ottica della linea interpretativa tracciata dalla citata sentenza n. 5685/2020 della Cassazione a Sezioni Unite, perché estingue l'obbligazione di pagamento diretto del committente e perché fa venir meno il dovere dello stesso committente di trattenere le somme eventualmente ancora dovute all'appaltatore a tutela dei subappaltatori. Il che significa che l'accertata insolvenza dell'appaltatore vanifica la posizione di vantaggio che la disciplina speciale assicura ai subappaltatori rispetto alla generalità dei creditori

chirografari dell'appaltatore, quali, ad esempio, i fornitori di beni o di energia; i quali, a ben vedere, non hanno mai potuto né possono contare sul diritto al pagamento diretto da parte del committente né hanno mai potuto né possono confidare nella forza persuasiva della sospensione dei pagamenti in danno dell'appaltatore moroso nei loro confronti.

Conclusivamente, la cosiddetta “perdita” del credito, se traguadata nella prospettiva del subappaltatore di appalti pubblici, esprime non solo e non tanto la conclamata estinzione del diritto o la sua altrettanto definitiva non “giustiziabilità”, ma, principalmente, il processo di “degradazione” da credito che, con l’appaltatore *in bonis*, faceva affidamento anche sulla garanzia patrimoniale aggiuntiva del committente - almeno fino a concorrenza della provvista destinata al corrispettivo di appalto – a credito che, ad appaltatore fallito, concorre da chirografario con quelli di tutti gli altri sub-fornitori ed attinge esclusivamente all’oramai dissestato patrimonio del fallito.

Una volta individuati i connotati dell’ “*eventus damni*” prodotto dalle condotte illecite dei committenti che trascurino i loro doveri di controllo dell’appaltatore e di salvaguardia delle ragioni dei subappaltatori durante il corso dell’appalto, l’azione risarcitoria del subappaltatore insoddisfatto verso il committente non fallito non sembra collidere con l’esigenza di assicurare la *par condicio* tra i creditori dell’appaltatore, perché la detta azione scaturisce da illeciti omissivi e commissivi consumati da un soggetto diverso dall’appaltatore fallito prima dell’apertura del concorso, che generano una obbligazione risarcitoria completamente estranea al patrimonio del fallito.

Pertanto, l’azione risarcitoria aquiliana non sottrae risorse alla massa dei creditori e non lede la parità di trattamento tra i creditori dell’appaltatore fallito. Né sembra a chi scrive che rilevi, sul punto, la più volte ricordata sentenza delle SS.UU. n. 5685/2020, che si riferisce esclusivamente al tema dell’ammissibilità della istanza di pagamento in prededuzione ovvero di sospensione dei pagamenti, formulate dal subappaltatore insoddisfatto dopo l’apertura del concorso nell’ambito di un’opposizione allo stato passivo. Ed infatti, nella detta sentenza le stesse Sezioni Unite si sono limitate ad affermare che il fallimento dell’appaltatore, con contestuale scioglimento del contratto di appalto, fa venir meno l’obbligo del committente di sospendere i pagamenti eventualmente ancora dovuti all’appaltatore stesso, ma non hanno certo affermato che il detto fallimento valga a sanare l’illiceità delle pregresse condotte illecite del committente pubblico che abbia omesso di controllare i pagamenti dovuti ai subappaltatori prima di pagare l’appaltatore poi fallito.

D’altronde, ragionando *a contrario*, se il fallimento dell’appaltatore e il conseguente scioglimento del contratto di appalto valessero ad estinguere ogni diritto risarcitorio del subappaltatore insoddisfatto verso il committente che avesse a suo tempo colpevolmente omesso ogni controllo e verifica a carico dell’appaltatore poi fallito, si finirebbe per trasformare il detto fallimento dell’appaltatore in una liberatoria del committente pubblico dalla responsabilità aquiliana oramai cristallizzatasi per effetto della risalente, colpevole ed ingiustificata violazione della norma che presiedeva alle procedure di pagamento all’epoca in cui l’appaltatore era *in bonis* ed il contratto di appalto pienamente vigente ed efficace.

6. Conclusioni.

La risposta all'interrogativo sotteso alle considerazioni che precedono, e cioè se la tutela legale dei crediti dei subappaltatori di contratti pubblici sia effettiva o soltanto declamata è, inevitabilmente, articolata.

Sul piano legislativo, l'obbligatorietà *ex lege* del pagamento diretto (art. 105, comma 13, d.lgs. n. 50/2016, oggi art. 119, comma 11, d.lgs. n. 36/2023) ha rappresentato un avanzamento reale rispetto al modulo vigente tra dal 1991 al 2006, ma è rimasta formalmente circoscritta a tre fattispecie tassative. Al di fuori di esse, la scomparsa dell'obbligo espresso di sospendere i pagamenti all'appaltatore inadempiente ha lasciato il pagamento "mediato" privo di un presidio esplicito, rimettendo all'interprete il compito di colmare il vuoto.

Sul piano giurisprudenziale, l'orientamento oggi prevalente, qualificando il pagamento diretto come delegazione *ex lege* ai sensi dell'art. 1269 c.c. e ribadendo l'autonomia tra appalto e subappalto, nega al subappaltatore ogni azione diretta verso il committente e, in caso di fallimento dell'appaltatore, riconduce il suo credito al novero dei crediti chirografari, in nome della *par condicio creditorum* e dei principi tracciati dalle Sezioni Unite n. 5685/2020. Il risultato è che la punta più avanzata della tutela, ossia il pagamento diretto, rischia di trasformarsi, proprio nel momento in cui dovrebbe operare, in un manifesto formale privo di efficacia pratica.

In tale contesto il fronte più fecondo di sviluppi sembra quello della risarcibilità dell'illecito aquiliano imputabile al committente che ometta le verifiche e gli adempimenti preventivi indicati dal parere MIT n. 3165/2025, che è pienamente compatibile con il principio di autonomia dei rapporti contrattuali ed in linea con l'ormai consolidata risarcibilità della lesione del credito da parte di un terzo estraneo al rapporto obbligatorio.

L'auspicio è che la tanto declamata tutela dei subappaltatori come contraenti "deboli" non si riduca ad una promessa che svanisce al momento del bisogno.

Roma, 24 settembre 2026

Alberto Costantini