

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SCARANO Luigi Alessandro - Presidente

Dott. SCODITTI Enrico - Consigliere

Dott. CIRILLO Francesco Maria - Consigliere

Dott. AMBROSI Irene - Consigliere

Dott. CRICENTI Giuseppe - rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 36520/2019 proposto da:

(OMISSIS) Srl in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in (OMISSIS) presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS) che la rappresenta e difende;

- ricorrente -

contro

(OMISSIS) Spa (OMISSIS) in persona del legale rappresentante pro tempore, (OMISSIS) Spa gia' (OMISSIS) Spa in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliate in (OMISSIS) presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS) che le rappresenta e difende unitamente all'avvocato (OMISSIS);

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 1362/2019 della CORTE D'APPELLO di L'AQUILA, depositata il 05/08/2019;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 10/05/2022 da CRICENTI GIUSEPPE.

RITENUTO IN FATTO

Che:

1. - Le societa' (OMISSIS) srl ed (OMISSIS) srl hanno costituito un'associazione temporanea di imprese onde ottenere un subappalto dalla (OMISSIS) spa, ora (OMISSIS) spa.

In particolare, la societa' (OMISSIS) srl ha dato mandato alla (OMISSIS) srl di operare quale capofila, e dunque rappresentante dell'associazione che le due imprese hanno costituito.

La (OMISSIS) ha dunque concesso in subappalto lavori di movimento di materie all'interno di un appalto che la stessa (OMISSIS) aveva ottenuto dall'Anas per lavori di costruzione della variante del Gran Sasso: ossia, ottenuto l'appalto da parte dell'Anas, la (OMISSIS) ha affidato in subappalto una parte dei lavori, e precisamente quelli consistenti nella movimentazione di materie, proprio alla associazione di imprese costituita da (OMISSIS) e da (OMISSIS).

2. - Durante l'esecuzione dei lavori sono sorte delle contestazioni: da un lato, la (OMISSIS), quale rappresentante dell'Ati, riteneva di aver diritto, oltre che ad una somma a titolo di premio per la tempestiva ultimazione dei lavori, altresì di una somma per il mancato pagamento di alcuni lavori pur effettuati.

3. Per ottenere il pagamento di tali somme (OMISSIS) ha ottenuto un decreto ingiuntivo dal Tribunale di Chieti, a seguito del quale la (OMISSIS), da un lato, ha pagato le somme ingiunte per via del fatto il decreto era provvisoriamente esecutivo, ma, per altro verso, ha notificato opposizione non solo contestando di dovere le somme pretese, ma spiegando altresì una domanda riconvenzionale volta a ottenere la restituzione del premio sul presupposto che i lavori erano stati tardivamente ultimati; ha chiesto altresì la

restituzione delle somme che ha dovuto pagare in quanto terza pignorata a creditori della Ati stessa, ed infine il pagamento di quelle dovute alla erronea esecuzione di lavori.

Il giudice di primo grado ha revocato il decreto ingiuntivo ed ha riconosciuto il diritto della (OMISSIS) di ripetere le somme pagate ai terzi creditori dell'ATI in forza del pignoramento, ma ha rigettato la domanda di (OMISSIS) di vedersi riconosciute ulteriori somme basate sulle riserve d'appalto e sulla esecuzione dei lavori.

Avverso tale decisione ha proposto appello principale la (OMISSIS), ossia la capofila dell'ATI, e appello incidentale tardivo la (OMISSIS), in relazione al capo di domanda per il quale e' risultata soccombente.

La Corte d'appello dell'Aquila ha rigettato l'appello principale ed, in parziale accoglimento dell'appello incidentale, ha riconosciuto alla (OMISSIS) il diritto alla restituzione del premio che era stato corrisposto in ragione della ritenuta tempestiva esecuzione delle opere, essendo emerso che invece esse erano state tardivamente eseguite.

4. - Avverso tale decisione propone ricorso per cassazione la (OMISSIS) con 5 motivi di impugnazione. Per contro, la (OMISSIS) SPA e la (OMISSIS) hanno notificato contro/ricorso. Entrambe le parti hanno depositato memoria.

#### CONSIDERATO IN DIRITTO

Che:

5. - Va evidenziato che, nelle more del presente giudizio, la (OMISSIS) srl ha chiesto la revocazione della decisione di appello qui impugnata per errore di fatto, in quanto la sentenza in questione avrebbe erroneamente fatto si' che la (OMISSIS), pagando in sede di pignoramento presso terzi i creditori della Ati, nel contempo, avrebbe anche estinto i suoi debiti nei confronti di quest'ultima, con la conseguenza ossia che, con un unico pagamento, la (OMISSIS) ha estinto due debiti diversi.

Il ricorso per revocazione e' stato rigettato, avendo la Corte d'appello ritenuto che la sua precedente sentenza non conteneva un errore di fatto, in quanto l'effetto, riconducibile ad un unico pagamento, di estinguere due debiti, era frutto della valutazione effettuata nella precedente sentenza piuttosto che frutto di un errore in fatto.

5.1.-Con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione dell'articolo 116 c.p.c., dell'articolo 2697 c.c., nonche' della L. n. 109 del 1994, articolo 13.

La tesi della ricorrente e' la seguente.

La Corte di Appello ha riconosciuto in favore della (OMISSIS) il diritto a portare in compensazione, o ripetere, le somme che la stessa (OMISSIS) ha dovuto pagare ai creditori della mandante, a seguito di un pignoramento presso terzi.

In altri termini, la societa' (OMISSIS) srl, mandante nell'ambito dell'associazione temporanea d'impresa, aveva contratto debiti con fornitori ai fini della esecuzione della prestazione assunta col subappalto. Poiche' tali debiti non erano stati saldati, i fornitori avevano proceduto ad un pignoramento presso terzi, ossia avevano pignorato le somme che alla debitrice, vale a dire l' (OMISSIS), competevano nell'ambito del contratto di subappalto e che dovevano essere corrisposte da (OMISSIS).

La tesi della ricorrente e' che i debiti contratti dalla mandante, cioe' da (OMISSIS), erano debiti propri di quest'ultima, per il pagamento dei quali non poteva affermarsi la responsabilita' solidale della (OMISSIS) srl, ossia la mandataria della associazione temporanea di imprese, sicche' la pronunzia della Corte d'appello, che invece tale solidarieta' ha affermato, deve dirsi in violazione della L. n. 109 del 1994, articolo 13 che quella solidarieta' prevede soltanto in caso di appalto, e non di subappalto; ee' che, comunque, dallo stesso contratto tra le parti risultava che la solidarieta' era espressa quanto alla esecuzione delle opere, e dunque ai debiti relativi, e non gia' a quelli contratti diversamente.

In sostanza, la (OMISSIS), pagando quale terza pignorata quel debito, avrebbe estinto un debito della sola (OMISSIS), e dunque non poteva pretendere di compensarlo poi nei confronti della (OMISSIS).

5.2.- Con il secondo motivo la ricorrente denuncia violazione della L. n. 109 del 1994, articolo 13, nonche' violazione dell'articolo 1372 c.c., motivo che costituisce uno sviluppo del motivo precedente, nel senso che l'errore della Corte d'appello starebbe nel fatto di aver ritenuto anche (OMISSIS) responsabile in solido dei debiti contratti invece da (OMISSIS), la quale, nell'assumere le obbligazioni che poi non ha pagato, non avrebbe agito ne' poteva farlo per conto della Ati coinvolgendo cosi' la responsabilita' di (OMISSIS): piuttosto (OMISSIS) ha contratto il debito per conto proprio, con la conseguenza che non puo' prospettarsi una responsabilita' solidale di (OMISSIS) per tale debito, e la responsabilita' solidale non puo' derivare dal citato la L. n. 109 del 1994, articolo 13.

5.3.- Anche il terzo motivo costituisce sviluppo dei due precedenti in quanto con esso la ricorrente denuncia violazione dell'articolo 1951 c.c., oltre che della L. n. 109 del 1994, articolo 13.

La tesi della societa' ricorrente e' che il coinvolgimento di (OMISSIS), come detto ai primi due motivi da ritenersi estranea all'obbligazione contratta dalla mandante, nemmeno puo' derivare dal fatto che la (OMISSIS) ha sottoscritto un contratto di fideiussione con due dei creditori della (OMISSIS), nel quale l'obbligazione di garanzia e' a favore dei due debitori in solido, poiche', per come si deduce dall'articolo 1954 c.c., il pagamento del fideiussore fatto a favore di uno dei debitori in solido, presuppone per l'appunto

che i debitori siano legati da solidarieta' verso un terzo creditore: solidarieta' che invece in questo caso e' da ritenersi inesistente.

I tre motivi pongono una questione comune e sono infondati.

Il problema di fondo che questi motivi sollevano e' costituito dalla responsabilita' solidale della mandataria per i debiti contratti dalla mandante nell'ambito della esecuzione del contratto di subappalto, per la quale e' stata costituita l'associazione temporanea di imprese.

Sostanzialmente, la mandataria esclude che possa applicarsi la L. 109 del 1994, articolo 13 che e' riferita al contratto di appalto e non a quello di subappalto, e sostiene che comunque i debiti sono stati contratti in proprio dalla mandante e che conseguentemente alla loro estinzione deve ritenersi estranea la mandataria medesima.

Tuttavia, la regola della obbligazione solidale, all'interno di un'associazione temporanea di imprese, tra mandataria e mandante, ai fini della esecuzione delle opere, deriva da piu' considerazioni.

La prima e' che la L. n. 109 del 1994, articolo 13 espressamente prevede che l'offerta effettuata dalle imprese associate comporta una loro responsabilita' solidale nei confronti non solo dell'appaltante ma anche del sub appaltante; la seconda e' che tale norma, qualora non la si ritenesse direttamente applicabile al caso in questione, e' tuttavia richiamata dalle parti, per come e' pacifico, nell'articolo 4 dell'atto costitutivo dell'ATI, nonche' nell'articolo 25 del contratto di appalto.

Correttamente dunque la Corte di appello ha ritenuto che tra le due imprese facenti parte dell'associazione temporanea vi sia una responsabilita' solidale verso la controparte.

La tesi della societa' ricorrente avrebbe fondamento ove risultasse che, in virtu' del pignoramento, (OMISSIS) ha pagato un debito personale ed esclusivo di (OMISSIS) ed abbia preteso poi di far valere il credito derivante da tale pagamento nei confronti di un soggetto estraneo come (OMISSIS) srl, meglio: pagato il debito di (OMISSIS), (OMISSIS) abbia preteso di compensare il relativo credito con un suo debito verso (OMISSIS).

E' tuttavia rimasto accertato nei giudizi di merito, e ribadito anche nella decisione sulla revocazione, che i debiti contratti da (OMISSIS), il cui mancato pagamento ha dato luogo al pignoramento presso la (OMISSIS), sono stati contratti nell'interesse dell'ATI, ossia ai fini della esecuzione dell'appalto, con la conseguenza che l'appaltante (OMISSIS) ha correttamente esercitato il suo diritto a compensare le somme corrisposte a seguito di pignoramento presso terzi ai creditori dell'ATI, nei confronti della capofila di quest'ultima, ossia della mandataria che ha la rappresentanza esclusiva dell'associazione ed e' solidalmente responsabile per i debiti contratti dall'associazione stessa (Cass. 25204/ 2011; Cass. 11949/ 2018).

In altri termini, l'infondatezza dei motivi di appello di ricorso deriva dalla accertata circostanza di fatto, qui non discutibile, per cui i debiti contratti da (OMISSIS) srl sono inerenti alle esecuzioni dell'appalto: con la conseguenza che, a prescindere da chi li abbia formalmente contratti, e dunque qui non vale il richiamo all'articolo 1375 c.c., sono debiti di cui risponde solidalmente anche la mandataria; mentre la tesi della ricorrente avrebbe avuto un senso laddove si fosse trattato di debiti della mandante contratti al di fuori della esecuzione dell'appalto, o per attività estranee ad esso. 6.- Con il quarto motivo la ricorrente denuncia violazione degli articoli 327 e 334 c.p.c..

La questione è la seguente.

La (OMISSIS) ha proposto, avverso la decisione di primo grado, un appello incidentale tardivo sulla questione relativa alla restituzione del premio pagato per la tempestiva esecuzione delle opere e, appello incidentale che è stato accolto dalla Corte di appello.

Secondo la ricorrente, invece, l'impugnazione doveva ritenersi inammissibile in quanto tardiva, sul presupposto che l'appello incidentale tardivo è ammissibile solo ove reso necessario dalle ragioni fatte valere dall'appellante principale, mentre ove l'appello incidentale prescinda dalle allegazioni dell'appello principale deve ritenersi inammissibile se tardivo.

Il motivo è fondato.

In effetti alcune decisioni di questa Corte hanno ritenuto che "l'impugnazione incidentale tardiva è ammissibile anche se riguarda un capo della decisione diverso da quello oggetto del gravame principale, o se investe lo stesso capo per motivi diversi da quelli già fatti valere, dovendosi consentire alla parte che avrebbe di per sé accettato la decisione di contrastare l'iniziativa della controparte, volta a rimettere in discussione l'assetto di interessi derivante dalla pronuncia impugnata, in coerenza con il principio della cd. parità delle armi tra le parti ed al fine di evitare una proliferazione dei processi di impugnazione." (Cass. 14094/2020; Cass. 25285/2020).

In realtà, questo orientamento non è condivisibile, e va riaffermata la diversa regola secondo cui "l'impugnazione incidentale tardiva, da qualunque parte provenga, va dichiarata inammissibile laddove l'interesse alla sua proposizione non possa ritenersi insorto per effetto dell'impugnazione principale." (Cass. 12387/2016; Cass. 6156/2018; Cass. 27616-2019), trattandosi, per l'appunto, di una impugnazione che non dipende da quella avversa, nel senso che l'interesse ad impugnare non nasce dalla impugnazione altrui, non potendo consentirsi di "recuperare", mediante l'appello tardivo, la possibilità di effettuare una impugnazione il cui interesse era già presente dal momento della pubblicazione della sentenza (cfr. Cass. sez. un. 23903 del 2020).

7.- Il quinto motivo denuncia violazione degli articoli 1988 e 2697 c.c., nonché articoli 1175 e 1375 c.c..

Sempre in relazione alla questione posta dal motivo precedente, la ricorrente fa presente che quella somma di cui con l'appello incidentale era stata chiesta la restituzione, vale a dire il premio per la tempestiva esecuzione delle opere, era stata in principio pagata dalla (OMISSIS) in adempimento della transazione sottoscritta con la ATI, l'11 ottobre del 2005: pagamento che doveva intendersi alla stregua di un riconoscimento di debito nei confronti della ATI medesima, con la conseguenza che la prova dello slittamento delle opere, ossia della mancata tempestiva loro esecuzione, non poteva essere a carico della creditrice, ossia dell'associazione di imprese, ma doveva porsi come a carico della (OMISSIS), la quale aveva per l'appunto riconosciuto il debito ed era lei che doveva provare che quel debito non esisteva. Invece la Corte di appello avrebbe opinato diversamente onerando della prova la ricorrente.

Il motivo e' assorbito dall'accoglimento di quello precedente.

All'accoglimento del 1 motivo di ricorso, rigettati il 1, 2 e 3 e dichiarato assorbito il 5, consegue la cassazione, in relazione, dell'impugnata sentenza. Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa puo' essere decisa nel merito ex articolo 384 c.p.c., comma 2, fermi restando il rigetto dell'appello principale proposto dall'ATI e la declaratoria di sussistenza del credito di Euro 84087,48 della (OMISSIS) spa alla luce della intervenuta compensazione parziale, con la declaratoria di inammissibilita' dell'appello incidentale tardivo proposto dalla societa' (OMISSIS) spa, con (Ndr: testo originale non comprensibile) compensazione tra le parti delle spese del doppio grado del giudizio di merito, (Ndr: testo originale non comprensibile) ragioni della decisione si costituiscono giusti motivi per la compensazione tra le parti delle spese del giudizio di Cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta i primi tre motivi di ricorso, accoglie il quarto, dichiara assorbito il quinto. Cassa in relazione n'impugnata sentenza, e, decidendo nel merito, dichiara inammissibile l'appello incidentale tardivo. Compensa interamente tra le parti le spese del giudizio di merito e di quello di Cassazione.

Ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, articolo 13, comma 1 quater, la Corte da' atto che il tenore del dispositivo e' tale da giustificare il pagamento, se dovuto e nella misura dovuta, da parte dell'appellante incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per l'appello.